MISSBRAUCHS- UND VERBOTSPRINZIP IM DEUTSCHEN LEBENSMITTELGESETZ (VERFASSUNGSRECHTLICHE UNTERSUCHUNG)

HANNO SCHULZE

1967

MISSBRAUCHS- UND VERBOTSPRINZIP IM DEUTSCHEN LEBENSMITTELGESETZ (VERFASSUNGSRECHTLICHE UNTERSUCHUNG)

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Hanno Schulze

München 1967

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

Referent : Prof. Dr. Hans Spanner
Korreferent: Prof. Dr. Peter Lerche

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der mündlichen Prüfung: 27. 7. 1967

MEINER FRAU GEWIDMET

INHALTSVERZEICHNIS

Schrifttumsverzeichnis VI

Abkürzungsverzeichnis XXXIII

A. Einleitung 1

B. Begriff und Inhalt der Prinzipien 2

1. Terminologische Abgrenzung 2
2. Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt 3
3. Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt 4
4. Nebenformen 7

C. Regulativprinzipien und Verfassung 9

I. Verfassungsrechtliche Einordnung der Regulativprinzipien 9

II. Durch das LMG berührte Grundrechte 15

1. Berufsfreiheit 16
2. Eigentumsfreiheit 18
3. Allgemeine Entfaltungsfreiheit 23
4. Gleichheitsgrundsatz 26

III. Durch das LMG berührte außergrundrechtliche Verfassungsgrundsätze 29

1. Bestimmtheitsgrundsatz 30
2. Grundsatz der Gewaltenteilung 31
3. Grundsatz des Übermaßverbots 32

D. Verfassungsrechtliche Untersuchung der Regulativprinzipien 35

I. Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt 35

1. Einzeleingriff 36

a) Berufs- und Eigentumsfreiheit 36
b) Bestimmtheitsgrundsatz 43

2. Verbot durch RVOen 49

a) Berufsfreiheit 50
b) Eigentumsfreiheit 71
c) Gleichheitsgrundsatz 74

d) Gewaltenteilung, Normdelegation 78
e) Bestimmtheitsgrundsatz 97

II. Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt 99
1. Gesamtfigur 100
a) Berufsfreiheit 100
b) Eigentumsfreiheit 118
c) Gleichheitsgrundsatz 120
d) Bestimmtheitsgrundsatz 123

2. Erlaubnisvorbehalt 126
a) Gewaltenteilung, Normdelegation 127
b) Berufs- und Eigentumsfreiheit 133
c) Gleichheitsgrundsatz 139

E. Zusammenfassung 145
Lebenslauf

Schrifttumsverzeichnis

Bachof, O.: Zur Bedeutung des Entschädigungsfunktions in Enteignungsgesetzen. DÖV 1954, 592;

Bachof, O.: Die Freiheit des Berufs - in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II, Berlin 1958, S. 155;

Bär, F.: Bildung toxischer Reaktionsprodukte in Lebensmitteln und Futtermitteln auf Grund von Behandlungsverfahren. BGesundhBl. 1966, 228;

Barfuss, W.: Gedanken zur Vollziehung des Lebensmittelgesetzes.
Lebensmittel u. Ernährung 1966, Heft 6, S. 1o;

Bartels, H., u. K. Tändler: Bei welchen Temperaturen sterben Rinderfinnen ab?
Fleischwirtschaft 1963, 7o9;

Bast, W., u. G. Klein: Weitere Schritte auf dem Wege zur Reform des Lebensmittelrechts müssen folgen.
Ernährungswirtschaft 1961, 5;

Baur, D.: Die Rechtsstellung des Fleischbeschauers.
BayVBl. 1966, 86;

Benkendorff, G.: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Kartellverbots.
WRP 1955, 232;

Bergmann, G.: Allgemeine Fragen der Fleischhygiene.
Schlacht- und Viehhof-Ztg. 1965, 273;

Bergner, K.G.: Beitrag zu einer Liste der Mittel, die zur Verbesserung von Lebensmitteln hinsichtlich Aussehen, Beschaffenheit, Geruch und Geschmack zulässig sind;
Fragen der Dosierung und Reinheitsnormen.
Dt. Lebensm.-Rdsch. 1956, 9o;

Bernhard, R.C.: Wettbewerb, Monopole und öffentliches Interesse.
Schriften zum Vergleich wirtschaftlicher Lenkungssysteme, Heft 3, Stuttgart 1963;

Bernhardt, F.: Grundzüge des Entwurfs einer Lebensmittelgesetz-Novelle.
Ernährungswirtschaft 1958, 61;

Bernhardt, F.: Neues Lebensmittelrecht.
DÖV 1959, 599;

v. Bieberstein, H.: Das geltende Lebensmittelrecht und seine Auswirkungen in rechtlicher Hinsicht.
Ernährungswirtschaft 1961, 286;

Böckenförde, W.: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters.
Berlin 1957;

Brockmann, T.: Die Entwicklung des Bundesrechts im zweiten Halbjahr 1958.
DVBl. 1959, 278;

Brühann, W.: Welche Forderungen sind an ein neues Fleischhygienegesetz zu stellen?
Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 145;

Butenandt, A.: Müssen wir Gift essen?
Ernährungswirtschaft 1956, 201;

Christophersen, J.: Die Wirkung tiefer Temperaturen auf Mikroorganismen.
in: Precht-Christophersen-Hensel, Temperatur und Leben, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1955, S. 282;

Czok, G.: Nur erhitzte Öle mit sekundären Oxydationsprodukten sind toxisch.
Ref. in: Feinkostwirtschaft 1966, 25;

Dürig, G.: Die Menschenauffassung des Grundgesetzes.
JR 1952, 259;

Dürig, G.: Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff.
JZ 1954, 4;

Dürig, G.: Art. 9 GG in der Kartellproblematik.
NJW 1955, 729;

Dürig, G.: Grundrechte und Zivilrechtsprechung.
in: Festschrift für Nawiasky (Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung), München 1956;

Dürig, G.: Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen.
AöR 79, 57;

Dürig, G.: Der Grundsatz von der Menschenwürde.
AöR 81, 117;

Dutschke, G.: Fleischhygienerecht,
Berlin u. Hamburg, Stand 1966;

Ebert, K.: Sind bestrahlte Lebensmittel unbedenklich?
Handelsbl. Nr. 108 v. 8.6.66, S. 32;

Eichholz, F.: Das neue Lebensmittelgesetz.
Dt. Gesundheitspolitik 1, 73;

Elbrächter, A.: Die Novelle zum Lebensmittelgesetz.
Ernährungswirtschaft 1958, 245;

Elbrächter, A.: Die wichtigsten Bestimmungen der Lebensmittelgesetznovelle.
Dt. Lebensm.-Rdsch. 1959, 25;

Erbs-Kohlhaas-Lorz-Mayr-Potrykus-Zipfel: Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. II München u. Berlin, Stand 1966 (zit. Erbs-Zipfel);

Erler, G.: Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts, Göttingen 1956 (zit. Grundprobleme);

Eyermann, E., u. L. Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München u. Berlin 1965;

Fachmann, W.: Die Kernpunkte des neuen Lebensmittelgesetzes.
Verbraucherdienst 1958, Nr. 6, S. 3;

Figge: Der neueste Stand der Lehre von der inzidenten Normenkontrolle.
MDR 1953, 391;

Fischerhoff, H.: Das Investitionshilfegesetz als Lenkungsgesetz. NJW 1952, 919;

Forschbach, E.: Rechtliche Neuerungen durch die Novelle zum Lebensmittelgesetz.
NJW 1959, 457;

Forschbach, E.: Ansprache an die Jahresmitgliederversammlung des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde.
Ernährungswirtschaft 1960, 168;

Forschbach, E.: Austria docet! Auf dem Wege zum Europäischen Lebensmittelbuch.
Ernährungswirtschaft 1960, 447;

Forsthoff, E.: Anmerkung zum Beschluß der BGH v. 9./10.6.52.
GSZ 2/52.
JZ 1952, 627;

Forsthoff, E.: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Investitionshilfe.
BB 1953, 421;

Forsthoff, E.: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 8. Aufl., München-Berlin 1961;

Foster, E.M., F.E. Nelson, M.L. Speck, R.N. Doetsch u. J.C. Olson: Dairy Microbiology, London 1958;

Franck, R., u. K.-H. Nüse: Deutsches Lebensmittelbuch, Köln, Berlin, Bonn, München, Stand 1966;

Frenzel, H.: Die Begriffe des Verderbens, Nachmachens und Verfälschens im österreichischen Lebensmittelrecht.
Ernährungswirtschaft 1956, 106;

Frenzel, H.: Das Europäische Lebensmittelbuch.
Ernährungswirtschaft 1957, 129;

Fritsch, R.-W.: Zur Zulässigkeit steuerlicher Rückwirkungsordnungen.
Wirtschaftsprüfung 1952, 544;

Fröhler, L.: Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle nach § 3 der Hackfleisch-Verordnung, Rechtsgutachten. (ohne Ort und Jahr; Abdruck der wesentlichen Teile in: Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 183)
(zit. Gutachten);

Gabel, W.: Mut zu neuen Wegen.
Ernährungswirtschaft 1954/55, 44;

Gaedertz, A.-C.: Die rechtliche Beurteilung der Begriffsbestimmungen für Spirituosen.
Alkoholindustrie 1958, 585;

Gallwas, H.-U.: Der Mißbrauch von Grundrechten.
Diss. jur., München 1961
(zit. Mißbrauch);

Geiger, W.: Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, Köln-Berlin 1955
(zit. Schranken);

Geiger, W.: Grundrechte und Rechtsprechung,
München 1959;

Geiger, W.: Artikel Grundrechte, Staatslexikon, 3.Bd., 6. Aufl., Freiburg 1959, Sp. 1122;

Giese, F., u. E. Schunck: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 5. Aufl., Frankfurt am Main 1960
(zit. GG);

Gieseke, P.: Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung.
DÖV 1958, 324;

Gißke, W.: Ist Gefrierfleisch nach richtigem Auftauen von Frischfleisch noch zu unterscheiden? Trichinenbekämpfung durch Tiefkühlung.
Fleischwirtschaft 1954, 238;

Greiner, G.: Wiederbelebung des klassischen Enteignungsbegriffes.
DÖV 1954, 583;

Grün, L., u. H. Wirtz: Fischpraeserven mit und ohne Hexamethylentetramin.
Dt. Lebensm.-Rdsch. 1964, 14;

Gutmann, G., H.-J. Hochstrate, u. R. Schlüter: Die Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik.
Schriften zum Vergleich wirtschaftlicher Lenkungssysteme, Heft 4, Stuttgart 1964;

Häberle, P.: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962
(zit. Wesensgehalt);

Häntzschel, K.: Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt des Art. 48 der Reichsverfassung.
Z. öff. Recht 1926, 2o4;

Hamann, A.: Wirtschaftslenkung und Grundgesetz.
BB 1951, 341;

Hamann, A.: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht.
Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958 (zit. WVfR);

Hamann, A.: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., Neuwied 1961
(zit. GG);

Hamann, A.: Kommentar zum Milch- und Fettgesetz, Hildesheim 1961;

Hamann, V.: Das neue Lebensmittelgesetz.
Ernährungswirtschaft 1957, 3;

Hamel, R.: Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957;

Hamm, R.: Glucono-delta-Lacton: Eigenschaften - Wirkungsweise - Zulässigkeit;
Fleischwirtschaft 1966, 512;

Haupt, H.: Aktuelle Fragen des Lebensmittelrechts.
Berliner und Münchner Tierärztl. Wschr. 1957, 1o5;

Haupt, H.: Erläuterungen zur Verordnung über Fleisch- und Fleischerzeugnisse (Fleisch-Verordnung) vom 19. Dezember 1959.
Arch. Lebensmittelhyg. 1960, 1;

Haupt, H.G.: Mißbrauchs- oder Verbotsprinzip im Lebensmittelrecht?
Ernährungswirtschaft 1956, 159;

Hensel, A.: Grundrechte und Rechtsprechung - in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1. Bd., Berlin und Leipzig 1929, S. 1;

Hensen, H.: Vordringliche Aufgaben. Zur Situation des heutigen deutschen Lebensmittelrechts.
Ernährungswirtsch. 1954/55, 84;

Hesse, K.: Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht.
AöR 77, 167;

Heumann, H., u. J. Sauer: Rechtliche Probleme der Käseverordnung.
Ernährungswirtschaft 1964, 124;

Heumann, H., u. J. Sauer: Nochmals: Neuordnung des Rechts der Käsewirtschaft.
Ernährungswirtschaft 1964, 443;

Hieronimi, H.: Lebensmittelgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München u. Berlin 1959;

v. Hippel, E.: Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte. Berlin 1965
(zit. Grenzen);

Holthöfer-Juckenack-Nüse: Das Lebensmittelgesetz und sonstiges deutsches Lebensmittelrecht, Bd. I, 4. Aufl. Berlin-Köln 1961, Bd. II, 4. Aufl. Berlin-Köln 1963;

Hopfner, L.: Organisation und Aufgaben der staatlichen Landwirtschaftsverwaltung.
BayVBl. 1966, 109;

Huber, E.R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, II, 2. Aufl., Tübingen 1954 (zit. WVwR);

Huber, E.R.: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (II). DÖV 1956, 135;

Huber, E.R.: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.11.51 - III ZR 1o3/51. AöR 78, 1o2;

Huber, H.: Der Schutz der wohlerworbenen Rechte in der Schweiz - in: Jellinek-Festschrift (Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht), München 1955, S. 457;

Ipsen, H.-P.: Rechtsfragen der Investitionshilfe. AöR 78, 284;

Ipsen, H.-P.: Enteignung und Sozialisierung. VVDStRL 1o, 74;

Ipsen, H.-P.: Gleichheit / in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II, Berlin 1954, S. 156;

Ipsen, H.-P.: Verfassungsfragen zur Handwerksordnung. DVBl. 1965, 358;

Irschlinger, S.: Zur Kältebehandlung von Rohwürsten. Diss. med. vet., München 1964;

Isay, R.: Gegenvorschlag zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. WuW 1954, 1oo;

Isay, R.: Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung - in: Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 4o3;

Janssen, G.: Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung. Verwaltung und Wirtschaft, Heft 24, Stuttgart 1961;

Jellinek, G.: System des subjektiven öffentlichen Rechts, 2. Auflage, Tübingen 1919;

Jellinek, W.: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948 (zit. VwR);

Jellinek, W.: Anmerkung zum Urteil des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 14.1o.195o - Bf. II 344/5o - (DVBl. 1951, 28o).
DVBl. 1951, 283;

Jellinek: Diskussionsbeitrag (Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsform und Rechtsschutz). VVDStRL 11, 124;

Jensch, D.: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht.
AöR 82, 163;

Jerusalem, F.: Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung.
SJZ 195o, Sp. 1;

Jochmus, H.: Modernes Lebensmittelrecht sichert die Volksgesundheit.
Ernährungswirtschaft 1956, 121;

Karg, H.: Tierarzt und Lebensmittelgesetz: Zur Frage der Oestrogenanwendung in der Jungbullenmast. Berliner und Münchner Tierärztl. Wschr. 1962, 124;

Kaufmann, E.: Diskussionsbeitrag.
VVDStRL 4, 77;

Kaufmann, E.: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit.
VVDStRL 9, 1;

Kaufmann, H.P.: Analyse der Fette und Fettprodukte I (Allg. Teil), Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958;

Kelsen, H.: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.
VVDStRL 5, 3o;

Kienbaum: Ref. in: FAZ Nr. 129 v. 6.6.66, S. 19, und Handelsbl. Nr. 1oo v. 6.6.66, S. 6;

Klein-Baabe-Weiss: Lebensmittelgesetz und Lebensmittelrechtliche Verordnungen, Hamburg-Berlin-Düsseldorf, 3. Aufl., Stand: 15.12.66;

Klemm, G.: Läßt sich aus den in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft befindlichen Hygieneverordnungen das Bedürfnis zum Erlaß einer Hygieneverordnung auf Bundesebene ableiten?
Fleischwirtschaft 1963, 899;

Klinger, H.: Verwaltungsgerichtsordnung.
Göttingen 196o;

Kloesel, A.: Die Novelle ist verkündet.
Dt. Lebensm.-Rdsch. 1959, 1;

Kloesel-Sperlich-Bergner: Deutsches Lebensmittelrecht.
Stuttgart 1959;

Knoll, E.: Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse.
AöR 79, 453;

Koch, E.: Lebensmittelüberwachung unter Druck.
Volkswirt 1958, 31o;

v. Köhler, K.-H.: Zur abstrakten Gefahr im Polizeirecht.
DVBl. 1957, 73;

Kotter, L., u. G. Terplan: Neue Erkenntnisse bei der Herstellung von Fleischwaren unter besonderer Berücksichtigung der verfügbaren und der zulassungsbedürftigen Zusatzstoffe.
Arch. Lebensmittelhyg. 1961, 169;

Kotter, L., G. Hermann, G. Pfeiffer, B. Rolle, u. H. Schulze: Zur Frage, ob Stickoxydul im Falle der Verwendung bei der Herstellung von Schlagsahne im Sinne des LMG als "fremder Stoff" oder als "technischer Hilfsstoff" anzusehen ist. Dt. Lebensm.-Rdsch. 1966, 69;

Kraak, W.: Die Ernährungswirtschaft zur Reform des Lebensmittelrechts.
Ernährungswirtschaft 1956, 99;

Kraak, W.: Ernährungswirtschaft und Reform des Lebensmittelrechts.
Ernährungswirtschaft 1957, 1o9;

Kraak, W.: Die Wirtschaft als Gegenstand der lebensmittelrechtlichen Gesetzgebung und Verwaltung.
Ernährungswirtschaft 196o, 162;

Kraak, W.: Entwicklungen des Lebensmittelrechts im nationalen und internationalen Bereich.
Schriftenreihe des BLL, Heft 37, S. 7;

Kreuzer, W.: pers. Mitteilung zur Terminologie der Strahlenbehandlung;

Krüger, H.: Grundgesetz und Kartellgesetzgebung.
Göttingen 195o;

Krüger, H.: Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz.
DVBl. 195o, 625;

Krüger, H.: Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG.
DÖV 1955, 597;

Krüger, H.: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung.
DVBl. 1955, 45o;

Krüger, H.: Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik.
DÖV 1956, 55o;

Krüger, H.: "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt".
DÖV 1958, 673;

Krüger, H.: Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964 (zit. Allg. StaatsL);

Krusen, F.: Einige Beispiele für die Auswirkung der neuen lebensmittelrechtlichen Vorschriften auf Ernährungs- und Landwirtschaft.
Dt. Lebensm.-Rdsch. 1963, 18;

Kühnau, J.: Wo liegen die Gefahren für den Verbraucher?
Verbraucher 1959, 675;

Landgrebe-Wolff, I.: ..... mit den Füßen auf der Erde.....
Ernährungswirtschaft 1957, 61;

Laube, W.: Was bringt die neue Hackfleischverordnung?
selbstbedienung und supermarkt 1966, Heft 3, S. 45, u. Heft 5, S. 58;

Lechner, H.: Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers.
NJW 1955, 1817;

Leffmann, E., u. N. Pennemann: Milchgesetz, München 1932;

Leipholz, G.: Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz.
DVBl. 1951, 193;

Leisner, W.: Grundrechte und Privatrecht.
München 1960 (zit. Grundrechte);

Lerche, P.: Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes.
DVBl. 1958, 524;

Lerche, P.: Übermaß und Verfassungsrecht,
Köln-Berlin-München-Bonn 1961
(zit. Übermaß);

Lienhop, E.: Über die Verwendung und den Nachweis von Milcheiweiß in Brühwursterzeugnissen.
Arch. Lebensmittelhyg. 1962, 262;

v.d. Linde, E.: Ist Stickoxydul Fremdstoff oder technischer Hilfsstoff?
Dt. Lebensm.-Rdsch. 1966, 184;

v. Mangoldt, H.: Das Bonner Grundgesetz, 1. und 2. Lfg., Berlin und Frankfurt/M, 1949/50;

v. Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1957
(zit. Klein, v.M.-Kl.);

Maunz, T.: Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., Berlin und München 1959
(zit. Dt.StaatsR);

Maunz-Dürig: Grundgesetz, Berlin und München, Stand 1966;

Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, München und Berlin 1914
(zit. Dt. VerwR);

Menger, C.F.: Rechtsgutachten über den - derzeit suspendierten - § 8 Abs. 4 des Genossenschaftsgesetzes mit dem in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Recht höheren Ranges, zit. nach v. Mangoldt-Klein, S. 161
(zit. Gutachten);

Menger, C.F.: Das Gesetz als Norm und Maßnahme;
VVDStRL 15, 3;

Merkl: Diskussionsbeitrag.
VVDStRL 5, 97;

Meyer, V.: Allg. Fischwirtsch. Ztg., Ref. in: Literaturdienst 1966, 35;

Nagel, H., u. E. Oestreicher: Das Milch- und Fettrecht in Bayern.
München 1955;

Naumann: Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit.
JZ 1951, 423

Nawiasky, H.: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland.
Stuttgart und Köln 1950;

Nipperdey, H.-C.: Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik.
WuW 1954, 211;

Nüse, K.-H.: Zur Reform des Lebensmittelrechts.
Dt. Lebensm.-Rdsch. 1960, 125;

Osel, W.: Verfeinerung der Marktwirtschaft.
Handelsbl. Nr. 64 v. 1./2.4.66, S. 1;

Peters, H.: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel - in:
Festschrift für Rudolf Laun (Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie),
Hamburg 1953, 669;

Petzel: Wie muß der Arzt das Fremdstoffproblem sehen.
Ernährungsumschau 1962, 122;

Pfeiffer, G.: Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis,
Essen 1959
(zit. Verfassungsbeschwerde);

Prändl, O.: Die histologische Analyse von Wurstwaren,
München 1961;

Prändl, O.: Grundlage der Qualitätsbeurteilung von Wurstwaren.
Lebensmittel u. Ernährung 1966, Heft 6, S. 18;

Praß: Sind die Zulassungsbeschränkungen für Steuerberater und Helfer in Steuersachen grundgesetzwidrig?
Dt. Steuerrundschau 1951, 53;

Raiser, L.: Die Vertragsfreiheit heute.
JZ 1958, 1;

Raschke, E.: Aktuelle Fragen, die sich bei der Vorbereitung eines neuen Fleischhygienegesetzes stellen.
Schlacht- u. Viehhof-Ztg. 1966, 355;

Redeker, K.: Grenzen des allgemeinen staatlichen Inquisitionsrechtes.
DÖV 1954, 109;

Reinhardt, R.: Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen - in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S. 1;

Richter, W.: Stellungnahme zum Urteil vom 5.2.57, VII A 1408/54, DÖV 1957, 458 des OVG Münster.
DÖV 1959, 290;

Rinck, G.: Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
(zit. WirtschR);

Ruf, F.: Polyphosphate physiologisch unbedenklich.
Milchwissenschaft 1965, 203;

Schack, F.: Generelle Eigentumsentziehungen als Enteignungen.
NJW 1954, 577;

Schack, F.: Die Enteignungstheorie des Bundesverwaltungsgerichts.
NJW 1963, 750;

Scheuner, U.: Grundlagen und Art der Entschädigung - in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S. 63;

Scheuner, U.: Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung.
DÖV 1956, 65;

Scheuner, U.: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft.
VVDStRL 11, 1;

Schick, W.: Untergesetzliche Rechtssätze als Enteignungsnormen.
DVBl. 1962, 774;

Schierolt: Numerus clausus und Grundgesetz.
DVBl. 1950, 69;

Schmidt, C.: Vergleichende Betrachtungen über die Hygieneverordnungen der Länder, Diss. med. vet., München 1964;

Schmitt, C.: Verfassungslehre, München und Leipzig 1928 (zit. VerfL);

Schmitt, C.: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., Tübingen 1929-1932;

Schmitz, F.: Das Düngemittelgesetz und seine Durchführung.
Berichte über Landwirtschaft 1964, 848;

Schmücker, K.: Die Verbände in der sozialen Marktwirtschaft.
FAZ Nr. 224 v. 27.9.66, S. 15;

Schönberg, F.: Was ist bei der Fleischverarbeitung erlaubt.
Arch. Lebensmittelhyg. 1960, 10;

Schormüller, J.: Die Erhaltung der Lebensmittel, Stuttgart 1966;

Schüle, A.: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Rechtsformen und Rechtsschutz.
VVDStRL 11, 73;

Schultz, C.: Erfahrungen mit der Hessischen Hygiene-Verordnung.
Arch. Lebensmittelhyg. 1958, 1;

Schumann, E.: Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen. Schriften z. Öff. Recht, Bd. 11, Berlin 1963;

Schwarz-Dreher: Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München und Berlin 1954;

Schwarzhaupt, E.: Ref. in: Dt. Lebensm.-Rdsch. 1962, 55;

Schwarzhaupt, E.: Ansprache auf der konstituierenden Sitzung der Lebensmittelbuch-Kommission. Dt. Lebensm.-Rdsch. 1962, 74;

Schwedke, W.: Welchen Weg geht die Fischindustrie, um den Ausfall von Hexa wettzumachen? Neuwieder Hefte 1/1965, Ref. in: Feinkostwirtschaft 1965, 95;

Seiwerth, J.: Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962 (zit. VerfBeschw.);

Selcher, W.: Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Entschädigung. AöR 18, 35o;

Sieg, H.: Das Recht der Gewerbezulassung und Art. 12 Grundgesetz. DVBl. 195o, 197;

Smend, R.: Das Recht der freien Meinungsäußerung. VVDStRL 4, 44;

Smend, R.: Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht - in: Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 3o9;

Souci, S.W.: Die Unschädlichkeit muß erwiesen werden. Süddt. Ztg. Nr. 45 (1964), S. 6;

Spanner, H.: Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien 1951;

Stier-Somlo, F.: Das preußische Verfassungsrecht, Bonn 1922;

Stödter, R.: Über den Enteignungsbegriff.
DÖV 1953, 97;

Strickrodt, G.: Die verfassungsmäßige Eigentumsgewährung im Antimonopolrecht.
NJW 1956, 809;

Sulzbacher, W.L.: Survival of microorganisms in frozen meat.
Food Technology 1950, 386;

Thieme, W.: Rechtsstaat und Lebensmittelrecht.
Schriftenreihe des BLL, Heft 59, S. 83;

Thoma, R.: Bemerkungen zur Entscheidung des III. Senats des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 29. Okt. 1925 (III A 6. 25) (VerwArch. 32, 242).
VerwArch. 32, 247;

Thümmel u. Schäuble: Begriffsmerkmale des "fremden Stoffes" gemäß § 4 a Abs. 2 Lebensmittelgesetz.
Ernährungswirtschaft 1966, 376;

Tolkmitt, H.B.: Verbotsprinzip und Mißbrauchsprinzip im Lebensmittelrecht.
Ernährungswirtschaft 1964, 226;

v.d. Trenck, H.: Der "Interessent" ist unentbehrlich und besser als sein Ruf. Ein Plädoyer für die Sachkenntnis der Praktiker.
Handelsbl. Nr. 105 v. 3./4.6.66, S. 21;

Uber, G.: Freiheit des Berufs. Art. 12 des Grundgesetzes. Hamburg 1962
(zit. Freiheit);

Waitz, W.: Lebensmittelrechtliche Regelungen in 18 europäischen Staaten.
Schriftenreihe des BLL, Heft 15;

Weber, W.: Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht.
NJW 1950, 401;

Weber, W.: Eigentum und Enteignung - in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II, Berlin 1954, S. 331;

Weiss, H.: Die Bedeutung der durch die geplante Lebensmittelgesetznovelle notwendigen Verordnungen. Ernährungswirtschaft 1957, 36;

Weiss, H.: Die wissenschaftlichen Arbeiten des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e.V. im Berichtsjahr.
Ernährungswirtschaft 1959, 135;

Wershoven, T.: Ausnahmebewilligung für den Hackfleischverkauf.
Allg. Fleischer-Ztg. Nr. 91 v. 30./31.7.66, S. 3;

Wershoven, T.: Zur Auslegung des § 3 Hackfleisch-Verordnung.
Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 253;

Wieacker, F.: Rechtsprechung und Sittengesetz.
JZ 1961, 337;

Wittkämper, G.W.: Grundgesetz und Interessenverbände. Die Verfassungsrechtliche Stellung der Interessenverbände nach dem Grundgesetz. Staat und Politik, Bd. 5, Köln u. Opladen 1966;

Wittfogel, H.: Die Auswirkung der Lebensmittelrechtsreform auf das Geschehen in der Fischwirtschaft.
Arch. Lebensmittelhyg. 1959, 76;

Wolff, H.J.: Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., München-Berlin 1959 (zit. VerwR);

Worseck, M.: Der Einfluß der Strahlungen von ^{60}Co auf Lebensmittel unter besonderer Berücksichtigung der Milch und Milchperoxydase, Berlin 1960;

Zipfel, W.: Die neuen lebensmittelrechtlichen Bestimmungen.
BB 1959, 19;

Zipfel, W.: Lebensmittelrecht und Wettbewerbsrecht.
BB 1959, 509;

Zipfel, W.: Lebensmittelrechtliche Fragen.
Feinkostwirtschaft 1965, 340;

Zipfel, W.: Der technische Hilfsstoff.
Z. Lebensmitt.-Untersuch., Bd. 129 (1966), GesTC S. 57;

Zipfel, W.: Bedeutung der Richtlinien der Lebensmittelwirtschaft.
Ernährungswirtschaft 1965, 127;

Zipfel, W.: Lebensmittelrecht, München und Berlin,
Stand: 1.5.66;

Ohne Verfasserangabe:

Sonntags keine Bratwurst mehr.
FAZ Nr. 74 v. 29.3.66, S. 7;

Eingefrorener Butterberg.
Bay.Staats-Ztg. Nr. 12 v. 25.3.66, S. 9;

Bonn kämpft gegen die Butterschwemme.
FAZ Nr. 126 v. 2.6.66, S. 13;

Verbuttert.
FAZ Nr. 127 v. 3.6.66, S. 27;

Fettgehalt in Wurstwaren.
Allg. Fleischer-Ztg. Nr. 129 v. 27./28.10.62, S. 5;

Wird die "Hexa-Frist" verlängert?
Lebensmittel-Ztg. Nr. 74 v. 21.11.63, S. 2;

Hexa-Sabbat.
Spiegel Nr. 4 v. 22.1.64, S. 31;

Hexamethylentetramin.
Arch. Lebensmittelhyg. 1965, 119;

Schizophren bei Raps.
Handelsbl. Nr. 113 v. 16.6.66, S. 4;

Europäische Speiseeisindustrie will Richtlinien.
Handelsbl. Nr. 1oo v. 26.5.66, S. 6;

Landjugend will keine Sondergesetze.
welt Nr. 26 v. 31.1.67, S. 12

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AB. A	Ausführungsbestimmungen A zum Fleischbeschaugesetz
Abhdlg.	Abhandlung
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
ÄndErgGLMG	Änderungs- und Ergänzungsgesetz zum LMG
ÄndG	Änderungsgesetz
a.F.	alter Fassung
ALAG	Ausschuß Lebensmittelchemie der Arbeitsgemeinschaft der für das Gesundheitswesen zuständigen Minister der Länder
allg.	allgemeine (r, s)
amtl. Begrdg.	amtliche Begründung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für das öffentliche Recht
Arch. Lebensmittelhyg.	Archiv für Lebensmittelhygiene
Art.	Artikel
AS	amtl. Sammlung
Aufl.	Auflage
BAnz.	Bundesanzeiger
Bay.	Bayerisch (e, er, es)
Bay BS	Bayerische Bereinigte Sammlung

BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayStaatsZtg.	Bayerische Staatszeitung
BayStAnz	Bayerischer Staatsanzeiger
BayStMdI	Bayerisches Staatsministerium des Innern
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
BB	Der Betriebsberater
Berliner u. Münchner Tierärztl. Wschr.	Berliner und Münchner Tierärztliche Wochenschrift
Bd.	Band
Bek.	Bekanntmachung
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGesundhBl.	Bundesgesundheitsblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
BLL	Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde
BMdI	Bundesminister des Innern
BMGes	Bundesminister für Gesundheitswesen
BSozG	Bundessozialgericht
BVerfG (E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungssammlung)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG (E)	Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungssammlung)
d.	der, die, das
d.h.	das heißt

Diss. (jur. od. med. vet.)	juristische oder tierärztliche Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drucks. (drucks. angehängt)	Drucksache
DStR	Deutsche Steuer Rundschau
Dt. (dt.)	Deutsch (e, er, es) (deutsch, e, r, s)
Dt. Lebensm.-Rdsch.	Deutsche Lebensmittel-Rundschau
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidungssammlung
Einltg.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
Ernährungsumschau	Die Ernährungsumschau
Ernährungswirtschaft	Die Ernährungswirtschaft
ESVGH	Entscheidungssammlung des Süddeutschen VGH Stuttgart
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	für
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Feinkostwirtsch.	Feinkostwirtschaft
Festschr.	Festschrift
ff	folgende
Fleischwirtsch.	Fleischwirtschaft
FrFlG	Frischfleischgesetz
FSK	Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft
Fußn.	Fußnote

G	Gesetz
gem.	gemeinsam (e, er, es); gemäß
GG	Grundgesetz
GMinBl.	Gemeinsames Ministerialblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Halbs.	Halbsatz
Handelsbl.	Handelsblatt
HandwO	Handwerksordnung
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
hess.	hessisch (e, er, es)
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hyg.	Hygiene
i.d.F.	in der Fassung
i.S. (d. oder v.)	im Sinne (des, der oder von)
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
l. (angehängt)	...lich (e, er, es)
Lit.	Literatur
LMG	Lebensmittelgesetz
LRE	Sammlung lebensmittelrechtlicher Entscheidungen
LVG	Landesverwaltungsgericht
m.	mit
MBliV	Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
ME	Ministerialentschließung
Nachw.	Nachweis
n.F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
preuß.	preußisch (es)
Rdnr.	Randnummer
Ref.	Referat
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Rechtsverordnung
S.	Satz oder Seite
s.	siehe
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
Süddt. Ztg.	Süddeutsche Zeitung
u.	und
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UV-Strahlen	Ultravioletts trahlen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

v.	von
VA	Verwaltungsakt
VELF	Verwaltung für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
Volkswirt	Der Volkswirt
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Bundesverwaltungsgerichtsordnung
Wahlp.	Wahlperiode
Welt	Die Welt
Wirtschaftsprüfung	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Wschr.	Wochenschrift
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z. (Ztschr.)	Zeitschrift
Z. Lebensmitt.-Untersuch. (u.-Forsch.)	Zeitschrift für Lebensmittel-Untersuchung und -Forschung
Z. f. öffentliches Recht	Zeitschrift für öffentliches Recht
Z. f. Schweizer Recht	Zeitschrift für Schweizer Recht
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
Ztg.	Zeitung

A. Einleitung

Während die Normsetzung im deutschen Lebensmittelgesetz (LMG) [1] grundsätzlich nach dem Erlaubnis- bzw. Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt erfolgt ist, gilt für Fremdstoffe sowie bestimmte biologische und Strahlenbehandlungsverfahren das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt.

Die Frage der Zweckmäßigkeit dieser Regulativprinzipien für das LMG ist eingehend diskutiert worden, dagegen steht eine entsprechende systematische verfassungsrechtliche Untersuchung, bei der Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte nicht zu berücksichtigen sind, noch aus. Da das LMG den Lebensmittelhersteller und -händler in den Grundrechten der Berufs- und Eigentumsfreiheit sowie der Gleichheit berührt, steht die Überprüfung der Prinzipien an den Art. 12, 14 und 3 GG im Vordergrund. Darüberhinaus ist zu untersuchen, ob die Anwendung der Regulativprinzipien mit den außergrundrechtlichen Verfassungsgrundsätzen wie denen der Bestimmtheit, Gewaltenteilung und des Übermaßverbots vereinbar ist.

---

1) Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen vom 5.7.27 (RGBl. I, S. 134) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.1.36 (RGBl. I, S. 18), der ÄndVO vom 14.8.43 (RGBl. I, S. 488) und des ÄndG v. 21.12.58 (BGBl. I, S. 950), des 2. G. zur Änderung des ArzneimittelG vom 23.6.64 (BGBl. I, S. 365) und des ÄndG v. 29.7.64 (BGBl. I, S. 560).

B. Begriff und Inhalt der Prinzipien

1. Terminologische Abgrenzung

Der Lebensmittelhersteller darf bei seiner wirtschaftlichen Tätigkeit grundsätzlich alles tun, was nicht verboten ist. Fremdstoffe sowie bestimmte biologische und Strahlenbehandlungsverfahren darf er allerdings nur verwenden, soweit sie ausdrücklich erlaubt sind. Derartige Regulativprinzipien werden üblicherweise als Erlaubnisprinzip mit Verbotsvorbehalt [1] und Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt [2] bezeichnet. Daneben hat sich im Kartellrecht [3] und davon ausgehend auch im Lebensmittelrecht [4] eingebürgert, das Erlaubnisprinzip als Mißbrauchsprinzip zu bezeichnen. [5]

Da das LMG den Mißbrauch wirtschaftlicher Entfaltungsfreiheit auf Kosten der Gesundheit des Verbrauchers und der Redlichkeit im Lebensmittelverkehr verhüten will, ist - wie im Kartellrecht - der direkte Hinweis auf den Schutzcharakter des LMG durch die Bezeichnung Mißbrauchsprinzip als treffend anzusehen. Daher wird

---

1) Lerche, Übermaß, S. 187, 203 Fußn. 164, 344; Krüger, DVBl. 1950, 625 (628); Erler, Grundprobleme, S. 198; Huber, WVwR I, S. 71 u.a.
2) Mayer, Dt. StaatsR I, S. 252/253; Thoma, VerwArch. 32, 247 (248); Huber, WVwR I, S. 71 und AöR 78, 102 (113); Lerche, Übermaß, S. 185 ff, 202 f, 344; Bachof in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner III/1, S. 220; Erler, Grundprobleme, S. 186 u.a.
3) Vgl. Isay, WuW 1954, 100 (101, 122).
4) Haupt, Ernährungswirtsch. 56, 159: "Diese Ausdrücke sind aus der Kartelldiskussion übernommen" worden.
5) Kloesel, Dt. Lebensm.Rdsch. 1959, 1/2; Elbrächter, Ernährungswirtsch. 1958, 245 (247); Wittfogel, Arch. Lebensmittelhyg. 1959, 76; Nüse, Dt. Lebensm.-Rdsch. 1960, 125 (127); Dutschke, Fleischwirtsch. 1959, 75 (77); Fachmann, Verbraucherdienst 1958, Nr. 6, S. 3, amtl. Begrdg. zum ÄndErgGLMG, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 8 u.a.

im Folgenden dieser Begriff verwendet.

Während der zum Mißbrauchsprinzip gehörige Verbotsvorbehalt keine unterschiedliche Bezeichnung erfährt, gleichgültig ob er nun als Ermächtigung zum Einzeleingriff oder zum Erlaß von VerbotsVOen aufgefaßt wird, ist der mit dem Verbotsprinzip korrespondierende Vorbehalt stärker differenziert. Wenn man - wie im Folgenden - den Begriff Erlaubnisvorbehalt als Oberbegriff wählt, [1] darf jedoch nicht übersehen werden, daß der Erlaubnisvorbehalt in stärkerem Maße als der Verbotsvorbehalt unterschiedlich konstruiert werden kann. Diese Unterschiede lassen sich wohl am deutlichsten in Anlehnung an den Wortlaut der Vorbehaltsvorschriften im LMG mit Genehmigungs- (§ 5 Nr. 2), Ausnahme- (§ 20 a) und Zulassungsvorbehalt (§§ 5 a und 5 c) ausdrücken.

2. Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt

Der Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsschädigungen und vor Übervorteilung im Lebensmittelverkehr sind grundsätzlich nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt (§§ 3 und 4 i. V. m. §§ 4 d und 5 LMG) geregelt, soweit nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes besondere Bereiche wie z.B. der Fremdstoffbereich (§ 4 a i. V. m. § 5 a LMG) eine Regelung nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt erfahren haben.

Bis zur Änderung des LMG durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Lebensmittelgesetzes vom 21. Dezem-

---

1) Mayer, Dt. VwR I, 252/253, für jede Form der "Durchbrechung" des Verbotsprinzips durch VA u.Klein-Kabe- eiss, Erl. 1 zu § 5 a LMG, die auch die ZulassungsVOen einbeziehen.

ber 1958 (BGBl. I, S. 950) waren Herstellung und Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen allein nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt geregelt. Aber auch nach der Überführung des Gebiets der Fremdstoffe und bestimmter Behandlungsverfahren in Verbotsnormen (§§ 4 a - 4 e LMG) hat das Mißbrauchsprinzip, das an dem Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schäden (§ 3 LMG) und vor Übervorteilung im Lebensmittelverkehr (§ 4 LMG) orientiert ist, seine Bedeutung behalten; gilt es doch nicht nur für alle Bereiche, die nicht von den §§ 4 a - 4 e LMG umfaßt sind, sondern auch für diejenigen Fremdstoffe und Behandlungsverfahren, die im Wege des Erlaubnisvorbehalts zugelassen sind. Nach §§ 3 und 4 LMG ist der Lebensmittelverkehr im wesentlichen nicht beschränkt, soweit nicht der Verbraucher konkret gesundheitlich gefährdet oder übervorteilt wird. Mißbräuche werden im Einzelfall durch Verwaltungsbehörden und Justiz verfolgt. Reichen Einzeleingriffe jedoch nicht aus, um den Verbraucherschutz zu gewährleisten, so besteht die Möglichkeit, durch Rechtsverordnung aufgrund der §§ 4 d und 5 LMG bestimmte Teilbereiche einem Verbot zu unterstellen, d.h. die Exekutive kann vom Verbotsvorbehalt der §§ 4 d, 5 LMG Gebrauch machen. Damit tritt an die Stelle der Repression die Prävention. Der Verbotsvorbehalt ermöglicht nur das Verbot bestimmter Zusätze, Herstellungs- und Behandlungsverfahren als gesundheitlich bedenklich, und nur bestimmte Angebotsformen von Lebensmitteln können als verbrauchertäuschend eingestuft werden. Nicht jedoch hätten z.B. alle Fremdstoffe schlechthin aufgrund des Verbotsvorbehaltes verboten werden können. Das ergibt sich aus dem "Durchführungscharakter" des § 5 LMG, der gewährleisten soll, daß die Mißbrauchsregelungen der §§ 3 und 4 LMG den Erfordernissen des Einzelfalles angepaßt werden.

3. Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt

Für bestimmte Zusätze und Behandlungsverfahren kommt das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt zur Anwendung (§§ 4 a, 4 b Nr. 1 und 2, 4 c i.V.m. §§ 5 a, 5 b, 5 c, 20 a LMG). Im Verkehr mit Lebensmitteln dürfen danach Fremdstoffzusätze sowie physiologische und bestimmte physikalische Behandlungsverfahren nicht verwendet werden, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen sind. Außerdem können Herstellung und Vertrieb bestimmter Lebensmittel von einer Genehmigung abhängig gemacht werden (§ 5 Nr. 2 LMG).

§ 4 b LMG läßt sich nicht ohne weiteres in das System der Regulativprinzipien einordnen. Nach Zipfel [1] unterliegt die Vorschrift "eindeutig dem Mißbrauchsprinzip", da sie nach seiner Auffassung im Gegensatz zu § 4 a LMG auf "bestimmte konkrete Fälle" begrenzt ist (Verbot von biologischen Behandlungsverfahren nur, soweit sie bestimmten Zwecken dienen). Nun gilt aber auch der Verbotsbereich des § 4 a LMG nicht unbegrenzt. Eine Einschränkung besteht bereits durch die Ausklammerung bestimmter Stoffe und Stoffgruppen (Abs. 4); außerdem ist die Verabreichung von Fremdstoffen an Tiere (auch Schlachttiere) - ebenso wie in § 4 b Nr. 1 und 2 LMG - zumindest dann nicht ausgeschlossen, wenn sie z.B. zu therapeutischen Zwecken erfolgt. [2] Zwar besteht für die Verbote des § 4 b Nr. 1 und 2 LMG, anders als für §§ 4 a und 4 c keine Zulassungsmöglichkeit nach § 5 a; eine Ausnahmemöglichkeit nach § 20 a LMG ist jedoch vorhanden.

---

1) Rdnr. 17 zu § 4 b LMG.
2) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 7 zu § 4 b.

Die Verwendung von technischen Hilfsstoffen (§ 4 b Nr. 3) sowie bestimmter sog. Zivilisationshilfsstoffe (§ 4 b Nr. 4) [1], ebenso wie die Lebensmittelherstellung und -behandlung überhaupt nach der Grundregel der §§ 3 und 4 LMG ist solange zulässig, als der Verbraucher nicht geschädigt wird; ein derartiger für das Mißbrauchsprinzip charakteristischer Spielraum fehlt bei § 4 b Nr. 1 und 2. Daher dürften Nr. 1 und 2 im Gegensatz zu Nr. 3 - 5 eher dem Verbotsprinzip zuzuordnen sein (schließlich gibt es im LMG praktisch kein strengeres Verbot als die - allerdings eng begrenzten - Verbote des § 4 b Nr. 1 und 2). [2]

Während beim Fremdstoff- und Behandlungsverfahrenverbot (§§ 4 a, 4 b Nr. 1 und 2, 4 c LMG) mit Erlaubnisvorbehalt (§§ 5 a, 5 b, 5 c, 20 a LMG) die Verbotsregelung im LMG erfolgt, und die Zulassungen im Verordnungswege erfolgen, sind Verbot und Erlaubnismöglichkeit nach § 5 Nr. 2 LMG beide auf die Ebene der RVO verlagert, d.h. auf Grund von § 5 Nr. 2 LMG können Herstellung und Vertrieb bestimmter Lebensmittel an eine besondere Genehmigung geknüpft werden. Damit ist zugleich innerhalb des Verbotsvorbehaltes des § 5 LMG ein Erlaubnisvorbehalt enthalten. Das zeigt, daß die Regulativfiguren im LMG nicht immer völlig gegeneinander abgegrenzt werden können. Zählt man die Figur des § 5 Nr. 2 LMG zum Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt, so sind drei Formen des Erlaubnisvorbehalts zu unterscheiden:

---

1) Mit der VO über Pflanzenschutz-, Schädlingsbekämpfungs- und Vorratsschutzmittel in oder auf Lebensmitteln pflanzlicher Herkunft v. 30.11.66 (BGBl. I, S. 667) hat der VOGeber inzwischen vom Verbotsvorbehalt Gebrauch gemacht.

2) Hieronimi, Anm. 1 zu § 4 b, und Ulbrächter, Dt. Lebensm.-Rdsch. 1959, 25 (28), die nach Zipfel, Rdnr. 17 zu § 4 b LMG, die Vorschrift dem Mißbrauchsprinzip zuordnen, nehmen zur systematischen Einordnung von Nr. 1 und 2 nicht Stellung.

a) Beim Genehmigungsvorbehalt des § 5 Nr. 2 LMG wird lediglich ein Kontrollzweck verfolgt. Es soll gewährleistet sein, daß die Herstellung und der Vertrieb bestimmter, z.B. leicht verderblicher Lebensmittel unter hygienischen Voraussetzungen durch fachlich geschultes Personal erfolgt.

b) Nach dem Ausnahmevorbehalt des § 20 a LMG können Einzelausnahmen (VA) von bestimmten Verboten zu Versuchszwecken und für Sonderverpflegungen zugelassen werden. Das Zulassungsverfahren des § 20 a LMG dient nicht nur Kontrollzwecken, vielmehr "können" auf diese Weise Einzelausnahmeregelungen zu bestimmten Zwecken zugelassen werden, wenn die Verwaltungsbehörden ein besonderes Zulassungsinteresse anerkennen. Nach § 20 b LMG handelt es sich um befristete Zulassungen.

c) Der Zulassungsvorbehalt der §§ 4 c Abs. 3, 5 a und 5 c LMG gibt die Möglichkeit, durch RVOen bestimmte Fremdstoffe und Behandlungsverfahren zuzulassen. Dem Wesen der RVO entsprechend richten sich derartige Erlaubnisse an die Allgemeinheit; sie sind lediglich sachgebunden an das Herstellungsverfahren, während die Genehmigungen und Ausnahmen nach §§ 5 Nr. 2 und 20 a LMG auf Antrag erteilt werden und neben einer Sach- auch eine Personenbindung (an den Antragsteller) aufweisen.

4. Nebenformen

Eine Kontrollfunktion hat auch das Mißbrauchsprinzip mit Pflichtenzusatz (z.B. Melde-, Auskunfts- und Buchführungspflicht) [1]. Werden durch RVO derartige öffentlich - rechtliche Pflichten statuiert, so ist die Über-

1) Vgl. Huber, WVwR I, S. 70.

wachung des Verkehrs mit bestimmten Lebensmitteln erleichtert. [1] Daneben spielt das Mißbrauchsprinzip mit Förderung der Selbstregulation für das Lebensmittelrecht eine Rolle. In der Lebensmittelwirtschaft hat eine Reihe von Herstellerverbänden Richtlinien, Qualitätsrichtlinien und Begriffsbestimmungen für Lebensmittel erlassen. Teilweise wurden diese selbstregulatorischen Vorschriften, mit denen die Verbände ihre Mitglieder binden, durch die Behörden "gebilligt" und bekanntgemacht. [2]

Darüberhinaus hat der Gesetzgeber die Initiative ergriffen und die Verwaltungsbehörden beauftragt, die in Frage kommenden beteiligten Kreise zur Selbstregulation aufzurufen. So enthält Art. 7 ÄndErgGLMG vom 21. 12. 1958 (BGBl. I, S. 950) die gesetzliche Grundlage für die Schaffung eines Deutschen Lebensmittelbuches, das Leitsätze für die Herstellung und Beurteilung von Lebensmitteln enthalten soll. Inzwischen sind bereits eine Reihe von Leitsätzen von der Lebensmittelbuchkommission erarbeitet worden. [3]

---

1) Meldepflicht nach § 5 b Nr. 2 LMG, Anmeldepflicht nach § 1 Abs. 1 der VO über vitaminisierte Lebensmittel v. 1.9.1942 (RGBl. I, S. 538), vgl. auch die Buchführungspflicht nach § 19 WeinG v. 25.7.1930 (RGBl. I, S. 356).

2) Vgl. Gaedertz, Alkoholindustrie 1958, 585 (586); Klein-Rabe-Weiss, Erl. 5 e zu § 4 LMG.

3) Abgedruckt und erläutert bei Franck-Nüse, Deutsches Lebensmittelbuch.

C. Regulativprinzipien und Verfassung

I. Verfassungsrechtliche Einordnung der Regulativprinzipien.

Beim Verkehr mit Lebensmitteln hat der Lebensmittelhersteller oder -händler seine wirtschaftliche Tätigkeit unter Wahrung der Gemeinschaftsinteressen Volksgesundheit und Redlichkeit im Lebensmittelverkehr zu betreiben. Dazu soll ihn neben anderen Vorschriften insbesondere das LMG mit seinen FolgeVOen anhalten. Daher muß die wirtschaftliche Freiheit des Herstellers innerhalb der Regeln des Lebensmittelrechts gesehen werden. Nur im Rahmen der Gesetze kann sich eine sinnvolle wirtschaftliche Freiheit entfalten. [1]

Die wirtschaftliche Freiheit des Lebensmittelherstellers verbürgen im wesentlichen die Grundrechte der Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit, allgemeinen Entfaltungsfreiheit und Gleichheit. Das GG sieht die Grundrechte nicht als losgelöste Freiheitsrechte im Sinne eines übersteigerten Liberalismus, sondern unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit. Wenn Raiser [2] Freiheit und Sozialstaatlichkeit "wie These und Antithese im dialektischen Prozeß der Verwirklichung unseres Staates" ansieht, so darf das nicht als Konfrontation von Freiheits- und Gemeinschaftsrechten angesehen werden. "Individuum und Gemeinschaft ... stehen in den Grundrechten gleichsam ineinander." [3] Insoweit sind die Grundrechte, indem

---

1) Bernhard, Wettbewerb, Monopole und öffentliches Interesse, S. 86.
2) JZ 1958, 1 (5f).
3) Häberle, Wesensgehalt, S. 19, im Ergebnis wohl auch Uber, Freiheit, S. 13, 50/51 und Seiwerth, VerfBeschw., S. 28 unter Berufung auf Smend, Staatsrechtl.Abhdlg. S. 309 ff; Hamann WVfR, S. 42 "... für eine dualistische Auffassung des Verhältnisses Bürger-Staat ist im Rechtsstaat kein Raum."

sie Freiheits- und Gemeinschaftsgesichtspunkte in sich vereinen, als Versuch anzusehen, "bestimmte Grundfragen der Sozialordnung in einer sinnvollen Weise zu regeln." [1] Dieser "sinnvollen Regelung" widerspricht jeder Freiheitsmißbrauch, daher ist die "Verhinderung des Freiheitsmißbrauchs nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten". [2]

Die konkrete Regelung des wirtschaftlichen Betätigungsbereiches der Hersteller für den Einzelfall, nämlich die Gewährleistung der Volksgesundheit und der Redlichkeit im Lebensmittelverkehr, kann nicht direkt aus den Grundrechten abgelesen werden, ihrer Verwirklichung für den Lebensmittelverkehr dient das LMG einschließlich der FolgeVOen und der lebensmittelrechtlichen Nebengesetze. Die Zuweisung eines grundrechtlichen Entfaltungsbereiches für die wirtschaftliche Betätigung des Lebensmittelherstellers ist insoweit mit dem GG vereinbar, als die ihm zustehenden Grundrechte in das verfassungsgewollte Verhältnis zu den Schutzgütern der Gemeinschaft - Volksgesundheit und Redlichkeit im Lebensmittelverkehr - gesetzt werden.

Auf verschiedene Weise wurde versucht, die Grundrechte zueinander und zu den Forderungen der Gemeinschaft in Beziehung zu setzen bzw. sie als Synthese von Individual- und Gemeinschaftsinteressen zu interpretieren und systematisch zu erfassen. Ausgangspunkt ist bei allen Lösungsversuchen die Feststellung, daß die Grundrechte kein "unbeschränkbares" bzw. "unbegrenzbares" Eigenleben als autonome Freiheitsrechte führen, daß es

---

1) v. Hippel, Grenzen, S. 15.
2) Häberle, Wesensgehalt, S. 120 mit Lit.Nachw.; vgl. zum Grundrechtsmißbrauch auch Gallwas, Mißbrauch, und Kaufmann, VVDStRL 9, 1ff (15); vgl. zur Pflicht des Gesetzgebers zur Normsetzung Seiwerth, VerfBeschw., S. 42 mit Lit.Nachw.

sich also um von vornherein begrenzte oder gemeinschaftsbezogene Rechte handelt. [1] Die Interpretation dieser "Grundrechtsgrenzen oder -schranken" ist jedoch unterschiedlich.

Lerche gibt eine Übersicht über mehrere Systematisierungsversuche - von Häntzschel, Schmitt und Hensel bis zu den neueren Deutungen von Klein, Scheuner, Nawiasky, Maunz, Dürig u.a. [2] und entwickelt anschließend ein abgestuftes System von Grundrechtsschranken, das lückenlos die Einzelanpassung der Grundrechtsbereiche an die Gemeinschaftsinteressen systematisch erfassen soll. Gegen die Eingriffs- und Schrankenvorstellungen wendet sich Häberle [3] und schlägt lediglich eine Differenzierung in "Begrenzungs-" und "Ausgestaltungsvorbehalte" vor. [4] Aus den Systematisierungsschwierigkeiten zieht v. Hippel den Schluß, daß die Einzelfallbetrachtung "auf Grund einer sorgfältigen Analyse der jeweiligen Situation unter gerechter Abwägung aller hineinspielenden Interessen" jede Art von Schrankensystematik überflüssig macht. [5]

Die systematischen Unterschiede der verschiedenen Schranken- oder Begrenzungsvorstellungen sollen nicht überbewertet werden, da die Systeme nicht um ihrer selbst willen, sondern in der Hauptsache zur Vereinfachung der konkreten Überprüfung von Gesetzen aufgestellt wurden. Daher ist es auch durchaus nicht widersinnig, wenn Klein aus logischen Gründen keine grund-

---

1) Häberle, Wesensgehalt, S. 36, 139; v. Hippel, Grenzen, S. 23 mit Lit.Nachw.; Scheuner, DÖV 1956, 65 (69); Gutmann, Hochstrate und Schlüter, Die Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik, S. 13.
2) Lerche, Übermaß S. 98 ff.
3) Wesensgehalt, S. 222 ff.
4) Häberle, Wesensgehalt, S. 140.
5) v. Hippel, Grenzen, S. 17ff; er lehnt nicht nur wie Häberle Schranken- und Eingriffsvorstellungen ab, sondern verneint auch dessen "fragwürdige Unterscheidung" zwischen "zwei Grundkategorien", aaO., S. 54, Fußn. 22.

rechtlichen "Schranken" anerkennt, was ihn jedoch nicht daran hindert, ein "System der Schranken" aufzustellen. [1] Ob man nun mit Hilfe einer Grenz- oder Schrankensystematik den im Einzelfall gebotenen Grundrechtsbereich darstellen will oder ohne derartige Hilfsmittel, jedenfalls ist entscheidend, wie im Einzelfall Individual- und Gemeinschaftsinteressen aufeinander abgestimmt werden. Wenn dieser Vorgang des Aufeinanderabstimmens oder Anpassens als Güterabwägung aufgefaßt werden soll, [2] so muß dabei vermieden werden, in das GG eine gebrauchsfertige Wertscala hineinzuinterpretieren, an der sich Einzelfallösungen direkt ablesen ließen. Das Problem jeder Güterabwägung bleibt immer der Bezugspunkt und die Frage, welches von mehreren Rechtsgütern höherwertig ist. [3] Eine Güterabwägung im Grundrechtsbereich ist daher nur bei Herausarbeitung aller Umstände des Einzelfalles vertretbar.

Die Notwendigkeit der Einzelfallberücksichtigung verbietet auch eine pauschale Anwendung von "Gemeinwohl-" und "Gemeinschaftsklauseln". [4] Eine Berufung auf Ge-

---

1) Klein, v.M.-Kl., S. 22, geht von der "von jeher" verwendeten Bezeichnung "Schranken" aus und hat "gegen eine solche Terminologie nichts einzuwenden, wenn man sich bewußt bleibt, daß es sich im Sinne reiner Logik nicht um "Schranken", sondern um Begriffsfeststellungen handelt und zwar sei deshalb "nichts dagegen einzuwenden", weil ein "System der Schranken" eine bessere Erkenntnis der Verschiedenartigkeit der Begriffsfestlegungen ermöglicht".

2) Für eine Güterabwägung im Grundrechtsbereich plädieren Smend, VVDStRL 4, 44 ff; Kaufmann, VVDStRL 4, 77 ff; Hamel, Bedeutung der Grundrechte, S. 38 ff; Gallwas, Mißbrauch, S. 39 ff, 49; Häberle, Wesensgehalt, S. 31 ff, u.a.; während insbesondere C.Schmitt, VerfL., S. 167; Leisner, Grundrechte, S. 371 f, 391, 393 f, und Lerche, Übermaß, S. 129, 292 ff, sie ablehnen.

3) v. Hippel, Grenzen, S. 31/32.

4) Vor allem in diese Richtung dürfte die Ablehnung der "Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen" durch Lerche, Übermaß, S. 293 ff, und Wieacker, JZ 1961, 337 (340 f) zielen; vgl. auch Gallwas, Mißbrauch, S. 99.

meinschaftsklauseln ist nur zulässig, "wenn .... die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden". [1] Solche "notwendigen Rechtsgüter" können nicht abstrakt katalogisiert werden, sie sind allein dann zu berücksichtigen, wenn "die Gemeinschaft, um in einer konkreten historischen Situation fortbestehen zu können, auf sie angewiesen ist". [2]

Während der Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schäden wohl "unbestritten" als "wichtiges Schutzgut" (Volksgesundheit) anzusehen ist, "dessen Schutz Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen vermag", [3] bedarf das Schutzgut "Redlichkeit im Lebensmittelverkehr" schon einer eingehenderen verfassungsrechtlichen Begründung. [4] Die grundrechtlichen Freiheiten des Lebensmittelherstellers können also nie so weit gehen, daß "mit nachweisbarer Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit ein Kausalverlauf ausgelöst wird, der zu Gesundheitsschäden oder gar zum Tod von Teilen der Bevölkerung führt". [5] "Nachweisbare Sicherheit" bzw. "hohe Wahrscheinlichkeit" einer Gesundheitsschädigung deuten darauf hin, daß Gemeinschaftsklauseln wie "Schutz der Volksgesundheit" stets für den Einzelfall zu entwickeln sind, d.h., auch das LMG und seine FolgeVOen lassen sich nicht unbesehen auf den Gesundheitsschutz des Verbrauchers stützen.

---

1) BVerwG 7, 125 (139); Nachw. über Rspr. und Lit. bei Lerche, Übermaß, S. 281 ff.
2) Gallwas, Mißbrauch, S. 99.
3) BVerfG JZ 1958, 472 (478).
4) "Die vom Grundgesetz geschützten Rechtsgüter sind im Verfassungstext .. nicht absorptiv genannt. Die Volksgesundheit ist ein derartiges in Rechtssprechung und Lehre oft anerkanntes Rechtsgut mit Relevanz für Grundrechtsbegrenzungen - in der Verfassung selbst hat sie allenfalls in der Sozialstaatsgarantie Ausdruck gefunden" (Häberle, Wesensgehalt, S. 7/8).
5) Gallwas, Mißbrauch, S. 100.

Die Möglichkeiten der Ausgestaltung oder "Determinierung" [1] der grundrechtlichen Freiheiten des Lebensmittelherstellers durch das LMG sind nicht uferlos. Das ergibt sich schon aus den "Gesetzesvorbehalten" selbst, mit denen einige Grundrechte ausdrücklich ausgestattet sind, denn "ihre Bedeutung liegt nicht in einer Einschränkung des Grundrechts, sondern in der Konkretisierung der Schranken des Gesetzgebers und der Exekutive". [2] Auf diese Grenzen des Gesetzgebers weist Art. 19 Abs. 2 GG mit der dort ausgedrückten Wesensgehaltsgarantie nachdrücklich hin. [3]

Die Wesensgehaltsgarantie wird unterschiedlich interpretiert. [4] Während die absolute Theorie [5] jene Eigenschaften als unantastbar ansieht, "die die Natur, die Grundsubstanz des einzelnen Grundrechts ausmachen", [6] werden nach der relativen oder proportionalen Theorie des BGH [7] Grundrechte durch gesetzlichen Eingriff im Wesensgehalt angetastet werden, "wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet". [8]

---

1) Häberle, Wesensgehalt, S. 57.
2) Geiger, Staatslexikon, 3. Bd., Sp. 1128; vgl. auch Häberle, Wesensgehalt, S. 126 ff; Lerche, Übermaß, S. 34 ff, 235 ff; v. Hippel, Grenzen, S. 51 ff.
3) Häberle, Wesensgehalt, S. 234, und v. Hippel, Grenzen, S. 63, halten Art. 19 Abs. 2 GG für deklaratorisch und damit eigentlich für entbehrlich.
4) Gegenüberstellung der Theorien bei Klein, v.M.-Kl., S. 557, und Lerche, Übermaß, S. 34 ff, 235 ff (mit eingehender kritischer Stellungnahme) u.a.
5) Klein, v.M.-Kl., S. 551 ff; Krüger, DÖV 1955, 597 ff; E.R. Huber, DÖV 1956, 135 (141); Leisner, Grundrechte, S. 152; weitere Lit.-Nachw. bei Klein, v.M.-Kl., S. 557.
6) Klein, v.M.-Kl., S. 557.
7) BGH DVBl. 1953, 370; BGHSt 4, 375; BGHZ 6, 270; BGH DÖV 1955, 729.
8) Klein, v.M.-Kl., S. 558.

Nach der Theorie des durch immanente Grundrechtsschranken relativierten Wesensgehalts des BVerwG [1] wird die absolute Theorie um "relative" Gesichtspunkte erweitert. Nach dieser Auffassung dürfen Grundrechte "nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden". [2] Weil sich die absolute Theorie als zu statisch erwies, auch extremen verfassungsrechtlichen Situationen zu genügen, wurde versucht, sie durch "relative" Gesichtspunkte beweglicher zu gestalten. Letztlich befriedigen dürfte aber nur eine von "absoluten" Gesichtspunkten möglichst freie Auffassung, denn einen wie auch immer gearteten "Wesenskern des Wesensgehalts herauszuschneiden, entspricht schwerlich den Absichten des Grundgesetzes". [3]

II. Durch das LMG berührte Grundrechte.

Die Vorschriften des LMG und seiner FolgeVOen berühren die Grundrechte der Lebensmittelhersteller unterschiedlich. Wegen ihres wirtschaftlichen Gehalts sind im wesentlichen die Art. 12, 14, 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG betroffen. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt und des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt hängt von der Vereinbarkeit dieser Regulativprinzipien mit den genannten Grundrechten ab.

---

1) Klein, v.M.-Kl., S. 558.
2) Klein, v.M.-Kl., S. 558; vgl. BVerwG DÖV 1955, 732.
3) Lerche, Übermaß, S. 238, der im übrigen seine Auffassung von Art. 19 Abs. 2 GG nach Übermaßgrundsätzen entwickelt (aaO., S. 235 ff). Daß auch die relative oder proportionale Werttheorie des BGH eine Reihe von "absoluten" Momenten enthält, weist Häberle, Wesensgehalt, S. 2 Fußn. 9 nach, der sich mit dem Problem der Wesensgehaltsgarantie eingehend auseinandersetzt; vgl. auch v. Hippel, Grenzen, S. 55 ff.

1. Berufsfreiheit

Art. 12 GG garantiert dem Lebensmittelhersteller die Freiheit beruflicher Betätigung, gleichzeitig weist der ausdrückliche Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auf die Regelungsmöglichkeit des Gesetzgebers hin. Während der Wortlaut des Art. 12 zunächst eine Gegenüberstellung zweier selbständiger Begriffe "Berufswahl" und "Berufsausübung" vermuten läßt, wovon lediglich die Berufsausübung gesetzlich geregelt werden könne, [1] wird spätestens seit dem Apothekenurteil des BVerfG [2] allgemein von einem "einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit" [3] ausgegangen. [4]

Nach der Stufentheorie des BVerfG ist in der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers wie folgt zu unterscheiden: In der ersten Stufe rechtfertigt jede sachgerechte Erwägung eine Regelung der Berufsausübung. [5] Besonders wichtige Gemeinschaftsgüter rechtfertigen in der zweiten Stufe subjektive Zulassungsbeschränkungen, d.h. solche, die in der Person des Bewerbers liegen und auf die er Einfluß hat. [6] Soweit dem Lebensmittelhersteller in der zweiten Stufe Bedingungen gestellt werden, müssen sie ein angemessenes Mittel sein, mögliche

---

1) Wie wenig selbst ein ausdrücklicher Gesetzesvorbehalt wie Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG den Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers festlegt, deutet v. Hippel, Grenzen, S. 20 Fußn. 26, an.
2) BVerfGE 7, 377.
3) Naumann, JZ 1951, 423 (427); Uber, Freiheit, S. 104.
4) Gegenüberstellung früherer Auffassungen bei Klein, v.M.-Kl., S. 364 ff.
5) z.B. Sperrstundenregelung (§ 14 GastG), BVerwG NJW 1959, 667; BVerwG DVBl. 1963, 149.
6) Dabei kann der Gemeinschaftswert vorgegeben sein: z.B. Volksgesundheit (BVerfGE 7, 377) oder vom Gesetzgeber in den Rang eines wichtigen Gemeinschaftsinteresses erhoben werden: z.B. Handwerkerausbildung (BVerfGE 13, 97 (113)).

schwere Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit zu verhüten. [1] Nur wenn Regelungen der ersten beiden Stufen nicht ausreichen, sind in der dritten Stufe objektive Beschränkungen im Zugang zum Beruf zum Schutze überragender Gemeinschaftswerte zulässig. [2] Weitergehende Regelungsmöglichkeiten hat der Gesetzgeber in einer vierten Stufe bei Berufen, die öffentlichen Ämtern stark angenähert sind, [3] und in noch stärkerem Maße in einer fünften Stufe bei den öffentlichen Ämtern selbst. [4] "Zusammenfassend ergibt sich: Die Regelungsbefugnis erstreckt sich auf Berufsausübung und Berufswahl. Sie ist aber um der Berufsausübung willen gegeben und darf unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich ist sie um so freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, um so enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt." [5]

---

1) BVerfG 7, 377 (408).
Dabei darf im Verhältnis zum Gemeinschaftswert die Regelung nicht übermäßig unzumutbar und unverhältnismäßig sein, d.h. grundsätzlich sind Regelungen nur zulässig, "soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen" (BVerfGE 7, 377 (405)).

2) BVerfG DÖV 1958, 538.
Allerdings sind auch unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes objektive Zulassungsbeschränkungen nicht unbedingt zulässig, wie die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Festsetzung von Mindestmilchmengen durch BVerfG 9, 39 zeigt; vgl. Kassenarzturteil BVerfG 11, 30 (48).

3) Notarurteil (BVerfGE 16, 6 (21 ff));
eine Parallele könnten die nebenamtlich in der Schlachttier- und Fleischuntersuchung und der Lebensmittelüberwachung i.e.S. tätigen praktischen Tierärzte darstellen.

4) Art. 33 Abs. 5 GG.
Aus dem freiwillig eingegangenen besonderen Gewaltverhältnis ergeben sich für den Beamten besondere Bindungen, die ihn auch in der Ausübung der Grundrechte mehr oder minder beschränken; vgl. VGH 7, 152; VGH BayVBl. 1958, 8; BVerfGE 7, 377 (398).

5) BVerfGE 7, 377 (402).

Wenn auch der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG Regulativnormen im Rahmen der Berufsfreiheit nur als Gesetze im formellen Sinne vorsieht, so wird dadurch jedoch nicht jede Regelung im Verordnungswege ausgeschlossen. Dem Gesetzgeber ist nicht zuzumuten, jede berufsregelnde Vorschrift selbst zu erlassen; vielmehr muß es genügen, wenn er ein Programm aufstellt und die Exekutive innerhalb einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmten Ermächtigung in die Lage versetzt, ausführende Regelungen durch RVO zu erlassen. [1]

Der überwiegende Teil der Vorschriften des LMG und seiner FolgeVOen stellen prima facie Berufsausübungsregelungen dar (z.B. über Zusätze und Behandlungsverfahren). Ausdrückliche Berufszugangsregelungen sind nur in § 5 Nr. 2 LMG vorgesehen. [2] Aber auch bei vermeintlich reinen Ausführungsregelungen ist es denkbar, daß sie die Berufswahl beeinflußen. So können sich Verwendungsverbote im Extremfall "praktisch als Berufsverbote auswirken, durch die mit einem Federstrich ganze Gewerbezweige stillgelegt oder zu kostspieligen Umstellungen genötigt werden". [3]

2. Eigentumsfreiheit

Regulativgesetze im wirtschaftlichen Bereich, "die die Berufsausübung beschränken, stellen in der Regel auch

---

1) BVerwG NJW 1965, 1778; vgl. auch Fröhler, Gutachten, S. 25, mit weiteren Nachw.

2) Aufgrund dieser Ermächtigung sind erlassen worden: VO über Blutplasma vom 14.9.39 (RGBl. I, S. 1774) i.d.F. v. 19.12.59 (BGBl. I, S. 726); VO über Tee und teeähnliche Erzeugnisse v. 12.12.42 (RGBl. I, S. 707); VO über vitaminisierte Lebensmittel v. 1.9.42 (RGBl. I, S. 538); VO über Frauenmilchsammelstellen v. 15.10.41 (RGBl. I, S. 642).

3) Hamann, BB 1951, 341 (342); vgl. zur Regelung der Berufsfreiheit auch Rinck, WirtschR, S. 39 ff, und Hamann, WfR, S. 113 ff.

eine Beschränkung des Eigentums an den Produktionsmitteln (... Betriebsanlagen, Rohstoffen, Halbfertigfabrikaten) oder an erzeugten Produkten ... dar". [1] Wegen der besonderen Bedeutung des Art. 14 GG als Instituts- und Rechtsstellungsgarantie [2] ist kein "besonderer, ganz bestimmte Zweifel erregender Anlaß" nötig, um Normen, die wie das LAG und seine FolgeVOen die Vermögenssphäre berühren, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Eigentumsfreiheit zu überprüfen.

Das Eigentum "als unentbehrlicher Bestandteil freier persönlicher Lebensgestaltung" muß als Grundlage "einer freiheitlichen Wirtschafts- und Sozialordnung" angesehen werden, [3] gleichzeitig verpflichtet es aber zur Rücksichtnahme auf andere Individuen und die Gesamtbelange der Gemeinschaft. [4] Während der Gesetzgeber innerhalb der Sozialbindung des Eigentums eigentumsbindende Regulativgesetze ohne Entschädigungsfolgen erlassen kann, ziehen enteignende, enteignungsgleiche und Aufopferungsnormen eine Entschädigungspflicht nach sich.

Das Problem der Abgrenzung zwischen Sozialbindung und Enteignung wird sich weder von der Enteignung [5] noch von der Sozialbindung [6] her befriedigend lösen lassen, "man wird vielmehr von vornherein die gesamte Breite der Fälle ins Auge fassen müssen, um innerhalb dieser dann die sachgerechte Differenzierung nach Tatbestand und Rechtsfolge vornehmen zu können". [7] Zur Erleichte-

---

1) Huber, WVwR II, S. 220.
2) Vgl. Weber in: Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 359, 361; Scheuner in: Reinhardt-Scheuner, S. 68; Huber in: Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 463; Pfeiffer, Verfassungsbeschwerde, S. 120.
3) Reinhardt in: Reinhardt-Scheuner, S. 63.
4) Reinhardt in: Reinhardt-Scheuner, S. 2.
5) Ipsen, VVDStRL 10, 74 ff, 91 ff (94, 113).
6) Hamann, BB 1951, 341, und NJW 1952, 401.
7) Reinhardt in: Reinhardt-Scheuner, S. 8.

rung dieser Differenzierung sind eine Reihe von Theorien entwickelt worden, [1] deren Vielzahl schon darauf hindeutet, daß ein restlos befriedigendes Abgrenzungsschema wohl kaum zu finden ist, denn der Enteignungsbegriff ist ebenso wie der Eigentumsbegriff"in seinen mit den Sozialgrenzen dynamisch korrespektiven und von der sozialen Zeitanschauung abhängigen Grenzen stets schwankend". [2]

Wenn man aber trotzdem auf eine Abgrenzungsfaustregel nicht verzichten will, bietet sich am ehesten folgende Synthese aus verschiedenen Enteignungstheorien an: Die Grenze von der Sozialbindung zur Enteignung wird überschritten, wenn von dem betroffenen Eigentumsobjekt praktisch nichts mehr übrig bleibt, [3] und diese Belastung dem Grundsatz der Lastengleichheit widerspricht. [4] Die Anwendung dieser Faustregel auf das LMG und seine FolgeVOen entbindet jedoch nicht von der Verpflichtung, alle Modalitäten des Einzelfalles heranzuziehen, um den Umfang des Eigentumsschutzes des Lebensmittelherstellers abzugrenzen.

Das LMG enthält keine Entschädigungsregelung. Daher dürfen seine Normen und die seiner FolgeVOen wegen der Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG keine Ent-

---

1) RGZ 116, 272; 156, 309; 109, 390; 139, 182; 156, 308; 128, 18; Jellinek, VwR, S. 413; Selcher, AöR 18, 350; BGHZ 6, 270; Forsthoff JZ 1952, 627; Stödter, DÖV 1953, 97; Knoll, AöR 79, 455 (459); Weber, NJW 1950, 401; Reinhardt in: Reinhardt-Scheuner, S. 23 ff; Scheuner in: Reinhardt-Scheuner, S. 72, 92; Huber, WVwR II, S. 19 ff; BSozG JZ 1958, 20; vgl. auch die Zusammenstellung bei Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 139 ff.
2) Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 137, vgl. auch 135, 167.
3) BSozG JZ 1958, 20.
4) BGHZ 6, 270 "Sonderopfer", wegen der Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Legalenteignung vgl. Lerche, Übermaß, S. 209, und Schick, DVBl. 1962, 774.

eignung darstellen oder im Gefolge haben, soweit sie als nachkonstitutionell anzusehen sind. [1]

Während die §§ 4 a ff und 5 a ff LMG und die darauf beruhenden RVOen eindeutig nachkonstitutionell sind, ist bei § 5 LMG und den aufgrund dieser Ermächtigung ergangenen RVOen zu differenzieren. Zunächst sind alle Vorschriften des LMG, die nicht durch nachkonstitutionelle Änderungsgesetze geändert oder neu aufgenommen wurden, vorkonstitutionell, sofern sie der Gesetzgeber nicht nach dem Inkrafttreten des GG in seinen Willen aufgenommen hat. [2] Bisher wurde bei den nicht geänderten Vorschriften des LMG angenommen, sie seien nicht in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen worden, [3] da weder der Gesetzesinhalt der veränderten Normen, noch ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen unveränderten und veränderten Normen darauf schließen ließe. Fröhler [4] will diese Auffassung allenfalls bis zum Erlaß des Gesetzes vom 23. 7.64 (BGBl. I, S. 365) anerkennen, durch das die Zuständigkeit des Bundesministers des Inneren auf den Bundesminister für Gesundheitswesen übertragen wurde. Nun ist aber gerade eine Zuständigkeitsänderung nicht unbedingt ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber § 5 LMG in seinen Willen aufgenommen hat. Bei einer Zuständigkeitsänderung wird der materielle Gehalt anderer Vorschriften nämlich nicht berührt.

Die Junktimklausel muß also nur für die nachkonstitutionellen Vorschriften des LMG angewendet werden, d.h., nur diese Vorschriften, soweit sie enteignenden Charakter haben, sind verfassungswidrig und damit nichtig,

---

1) BVerfGE 4, 230.
2) BVerfGE 6, 55, 56; 7, 282, 290; 8, 210, 213; 10, 129, 132; 10, 185, 191; 11, 126, 129 ff; 18, 216, 219 ff.
3) Vgl. Holthöfer-Juckenack-Hüse I, Rdnr. 5 vor §§ 5 - 10 LMG; Zipfel, Rdnr. 13 a zu § 5 LMG; BayObLG Dt.Lebensm.-Rdsch. 1964, 389; entspr. Problematik zum MilchG vgl. BGH LRE 4, 10 (13) m. Nachw.
4) Gutachten, S. 8 f.

selbst wenn der Gesetzgeber ihre enteignende Natur nicht erkannt hat. [1] Die Versuche, eine derartige "unvorhergesehene" Nichtigkeit zu vermeiden, die Junktimklausel zu "entgiften", [2] und den Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG zu umgehen, [3] müssen nach der Rspr. des BVerfG als nicht im Einklang mit der Verfassung angesehen werden. [4] Eher könnte schon eine Unterscheidung von Enteignung und Aufopferung nach ihrer objektiven Zielrichtung weiterhelfen, da die Aufopferung nicht an die Junktimklausel gebunden ist. [5]

Die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers innerhalb des

---

1) Damit erhält das Problem der Junktimklausel für das LMG untergeordnete Bedeutung, da aufgrund der verfassungskonstitutionellen Ermächtigung des § 5 LMG - als der wichtigsten Ermächtigungsgrundlage für möglicherweise enteignende VerbotsVOen - enteignende RVOen erlassen werden können. Lediglich für §§ 4 d, 5 a ff und 4 c Abs. 1 Satz 2 kommt die Junktimklausel zur Anwendung, wobei am ehesten die VerbotsVOen auf der Ermächtigungsgrundlage des § 4 d, weniger die ErlaubnisVOen aufgrund der §§ 5 a ff und 4 c Abs. 1 Satz 2 enteignender Natur sein können.

2) Bachof, DÖV 1954, 592 (594).

3) Jellinek, DVBl. 1951, 283 (284); BVerwGE 1, 42; Ipsen, VVDStRL 10, 74 (83); Greiner, DÖV 1954, 583 ff; Schack, NJW 1954, 577 ff; Dürig, JZ 1954, 4; Bachof, DÖV 1954, 592; Lerche, DVBl. 1958, 524; BayVGH BayVBl. 1964, 94.

4) BVerfGE 4, 230.

5) Vgl. Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 169, nach dessen Auffassung "zwischen Hoheitsakt und Aufopferung ... nur Kausalität, zwischen Hoheitsakt und Enteignung ... ein unmittelbarer Zweckzusammenhang, eine finale Kausalität" bestehen, wobei er als maßgebend ansieht (S. 193) den objektivierten Willen des Gesetzgebers (Unterscheidung des "objektiv finalen" Falles zum "objektiv nicht finalen" Fall, s.S. 195 ff). Janssen versucht zwar mit Erfolg, subjektive Momente des Gesetzgebers auszuschalten, die Schwierigkeit seines Lösungsversuchs liegt jedoch in der Feststellung des objektivierten Willens des Gesetzgebers.

Art. 14 GG ist nicht unbegrenzt. Gleichgültig, ob man Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch Art. 19 Abs. 2 GG eingrenzen will oder nicht, [1] kann die Sozialbindung immer nur soweit gehen, wie es im Interesse der Gemeinschaft erforderlich ist. [2]

3. Allgemeine Entfaltungsfreiheit

Obwohl Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG die wohl "am meisten beanspruchte und die am stärksten überforderte Grundrechtsbestimmung" des GG ist, [3] kann bei der verfassungsrechtlichen Untersuchung eines die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit regelnden Gesetzes wie des LMG auf dieses Grundrecht als Prüfungsmaßstab nicht verzichtet werden. [4] Die allgemeine Entfaltungsfreiheit kann nicht mehr im Sinne liberalistischer Auffassungen des 19. Jahrhunderts verstanden werden, [5] sie enthält Elemente der Sozialgebundenheit. Das bedeutet, daß ein die Gemeinschaftsinteressen verletzendes Individualhandeln keinen grundrechtlichen Schutz genießt. [6] Die starke Überforderung des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG dürf-

---

1) Vgl. Lerche, Übermaß, S. 249 mit Nachw.; diese Frage wird im übrigen dann gegenstandslos, wenn man Art. 19 Abs. 2 GG mit Häberle, Wesensgehalt, S. 234, und v. Hippel, Grenzen, S. 63, nur als deklaratorisch und damit entbehrlich ansieht.
2) Vgl. Häberle, S. 42, 47.
3) Klein, v.M.-Kl., S. 161.
4) Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG ist entgegen den Auffassungen von Fischerhoff, NJW 1952, 919 (920); Schüle, VVDStRL 11, 73 (85); Jellinek, VVDStRL 11, 124 (Diskussionsbeitrag), u.a. nicht auf den ideellen und kulturellen Bereich beschränkt, sondern steht auch dem wirtschaftenden Menschen (dem "homo oeconomicus" - Klein, v.M.-Kl., S. 173) zu, vgl. Dürig, JR 1952, 259 (262); Ipsen, AöR 78, 284 (309, 310); Forsthoff, BB 1953, 421; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 62; Nipperdey, WuW 1954, 211 u.a., ohne allerdings auf den wirtschaftlichen Bereich allein beschränkt zu sein, vgl. Klein, v.M.-Kl., S. 173, und Redecker, DÖV 1954, 109 (110).
5) Klein, v.M.-Kl., S. 165; BVerfGE 4, 7.
6) Geiger, Schranken, S. 9.

te hauptsächlich auf eine häufige Überbewertung dieses Grundsatzes bei der Einordnung in das System der Grundrechte zurückzuführen sein. [1]

Am ehesten werden die Auffassungen der Bedeutung des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG gerecht, die ihn den anderen Grundrechten gegenüber als subsidiär ansehen. Dabei ist es unerheblich, ob die Art 4 ff GG als Konkretisierungen des allgemeinen Freiheitsrechtes oder als originäre, selbständige Grundrechte anzusehen sind, [2] solange Art. 2 Abs. 1 GG nicht den anderen Freiheitsrechten übergeordnet wird. Nur so läßt sich vermeiden, daß Art. 2 Abs. 1 GG überinterpretiert und damit der Grundrechtskatalog "kopflastig" wird, d.h. die Art. 4 ff GG an Wert verlieren. [3] So muß z.B. Art. 12 GG als lex spezialis

---

1) Scheuner in: Reinhardt-Scheuner, S. 72 "erhöhter Rang"; Giese, GG, S. 14 "Allgemeinklausel"; Fritsch, Wirtschaftsprüfung 1952, 544; Huber, WVwR I, S. 660 u.a. "Generalklausel"; vgl. auch Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 63; Ipsen, DVBl. 1956, 358 (362); Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 13; Peters in: Festschr. f. Laun, S. 669 (677); die Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG als oberstes Freiheitsrecht und die Art. 4 ff GG nur als Konkretisierung für bestimmte Entfaltungsbereiche ansehen.
Nach einer anderen Auffassung soll Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG als Auffanggrundrecht für unbenannte Freiheiten dienen, das überall dort zurücktreten müsse, "wo sein Freiheitsgehalt thematisch schon von speziellen Freiheitsrechten "verbraucht" ist", so Maunz-Dürig, Rdnr. 6 zu Art. 2; Benkendorff, WRP 1955, 232 (233); Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 119 NJW 1955, 729 (730); Menger, Gutachten, S. 45, 46; vgl. auch Über, Freiheit, S. 11 ff; Huber, WVwR I, S. 22, und DÖV 1956, 135; Fritsch, Wirtschaftsprüfung 1952, 544; Peters in: Laun-Festschr., S. 669 (672); BVerfGE 4, 52 (54); 9, 343; OVG Hamburg, DVBl. 1953, 36 (38); Sieg, DVBl. 1950, 197 (199).

2) Dagegen wird vor allem in der höchstrichterlichen Rspr. die Parallelität von Art. 2 Abs. 1 und den Grundrechten der Art. 4 ff GG herausgestellt, vgl. BGH DVBl. 1953, 472; BGH NJW 1956, 253; BVerwG NJW 1954, 524; BVerwG NJW 1955, 1953; auch Lerche, Übermaß, S. 300, wendet sich dagegen, Art. 2 nur als "Lückenbüßer" und "Auffangrecht" anzusehen und räumt ihm eine "Eigenständigkeit" ein.

3) Nicht von Art. 2 Abs. 1 GG kann auf den Gehalt der

(Fortsetzung)

zu Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG angesehen werden. [1] Die Subsidiarität der allgemeinen Entfaltungsfreiheit verbietet auch, seinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt weitergehend anzuwenden. [2] Der subsidiäre Charakter des Art. 2 Abs. 1 GG bringt es mit sich, daß der Bereich der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit, soweit Berufs- und Eigentumssphäre betroffen sind, bereits von den Art. 12 und 14 GG thematisch konsumiert ist. Das gilt auch im Hinblick auf das LMG und seine FolgeVOen, so daß für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt und des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt für die Überprüfung am Grundrecht der allgemeinen Entfaltungs-

---

Fortsetzung:
einzelnen Freiheitsrechte geschlossen werden, sondern die Gesamtschau der Art. 4 ff GG ermöglicht es, "mosaikartig" das Bild der Entfaltungsfreiheit zusammenzusetzen.

1) So Uber, Freiheit, S. 103, der außerdem herausstellt, daß die einzelnen Grundrechte im GG speziell seien, aber nicht "in dem Sinne, daß sie jeweils gegen eine besondere Gewalt gerichtet wären, sondern weil sie jeweils für eine besondere Lebensbetätigung speziell den Grundsatz prinzipieller Unantastbarkeit zum Ausdruck bringen."

2) a.A. im wesentlichen die Autoren, die Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG einen höheren Rang einräumen wollen, ferner u.a. Schierolt, DVBl. 1950, 69 (71); Krüger, DVBl. 1950, 625 (626); Praß, DStR 1951, 53 ff, 101 ff (103); für eine subsidiäre Anwendung des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG ist Klein, v.M.-Kl., S. 177, "um einer Überbeanspruchung des Halbs. 2 zu steuern". Aber selbst eine subsidiäre Anwendung des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG würde zu einer nicht gerechtfertigten Aufwertung der allgemeinen Entfaltungsfreiheit zu einer beherrschenden Generalklausel führen. Derartige Konstruktionen erübrigen sich ebenso wie die Anwendung sog. immanenter Schranken, wenn durch konkrete Einzelfallabtastung Einzel- und Gemeinschaftsinteressen in Einklang gebracht werden, ohne dabei Eingriffs- oder Schrankenvorstellungen anzuwenden (Häberle, Wesensgehalt, S. 222 ff, und weitergehend v. Hippel, Grenzen, S. 17 ff).

freiheit praktisch kein Raum bleibt. [1]

4. Gleichheitsgrundsatz

Im Rahmen des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt im LMG sind einzelne Zusatzstoffe, einzelne Herstellungs- und Behandlungsverfahren sowie bestimmte Vertriebsmodalitäten aufgrund des Verbotsvorbehalts (§§ 4 d, 5 LMG) durch RVO verboten. Diese unterschiedlichen Verbote können u.U. dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen. Das gleiche gilt für RVOen im Rahmen des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt, die bestimmte Zusatzstoffe und Behandlungsverfahren erlauben, andere - oft zumindest sehr ähnliche - jedoch nicht.

Art. 3 GG enthält die grundrechtliche Fixierung des vorstaatlichen und überpositiven Gleichheitsgrundsatzes. [2] Der Gleichheitsgrundsatz - vielfach als Korrektiv einer allgemeinen Entfaltungsfreiheit angesehen - [3] gehört "zum Wesen des Rechtsstaates". [4] Soweit er in Art. 3 GG fixiert ist, muß er ähnlich wie Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG den Grundrechten der Art. 4 ff GG gegenüber als

---

1) Den subsidiären Charakter der allgemeinen Entfaltungsfreiheit übersieht Geiger, Schranken, S. 14, wenn er einen gesetzlichen Erlaubnisvorbehalt innerhalb der Grundrechte unter Berufung auf die allgemeine Entfaltungsfreiheit als verfassungswidrig ansehen will. Zu einem solchen Ergebnis müßte er bereits über Art. 12 und 14 GG kommen, wenngleich zugegeben werden soll, daß für das Kartellrecht - besonders im Hinblick auf die Vertragsfreiheit - Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG noch eher Anwendung finden könnte als beim LMG.

2) Vgl. BVerfGE 1, 223; 6, 91; BGHZ 9, 44; Jerusalem, SJZ 1950, Sp. 1; Leipholz DVBl. 1951, 193 (198); Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 28 ff; Hesse, AöR 77, 167 u.a.

3) Vgl. Lerche, Übermaß, S. 85, 86, zur Frage der Konkurrenz von Freiheits- und Gleichheitsvorstellungen.

4) Ipsen in: Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 156.

subsidiär angesehen werden, [1] da der Gleichheitssatz bereits in verschiedenen Grundrechten wie Art. 14 [2] und Art. 2 Abs. 1 GG [3] enthalten ist. [4] Seine notwendige Verknüpfung mit dem "Wesen des Rechtsstaates" [5] deutet auf den funktionalen Charakter des Gleichheitsgrundsatzes hin, den dieser neben dem Grundrechtscharakter aufweist. Als Funktionsgrundsatz, der das Funktionieren unseres Rechtsstaates mit gewährleisten soll, steht er gleichberechtigt neben anderen außergrundrechtlichen Verfassungsgrundsätzen. [6]

Der Gleichheitsgrundsatz hat das Verbot der ungleichen Behandlung gleicher oder im wesentlichen gleicher Tatbestände und das Gebot der ungleichen Behandlung ungleicher oder im wesentlichen ungleicher Tatbestände zum Inhalt. [7] Wie aus dem Wortlaut des Art. 3 GG her-

---

1) Vgl. BVerfGE 8, 22; 9, 128; Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 79; Klein, v.M.-Kl., S. 201.
2) Prinzip der Lastengleichheit.
3) Gleiches Entfaltungsrecht für alle Individuen.
4) Lerche, Übermaß, S. 67, lehnt eine "Akzessorität" des Art. 3 GG ab, mit der Begründung, es würden aus ihm "stetig bindende Direktiven" für den Gesetzgeber abgeleitet. Diese Direktiven (deren Umfang im folgenden zu untersuchen sein wird) sind auch in den Gleichheitselementen spezieller Grundrechte verwirklicht (z.B. in Art. 14 und 2 GG), so daß in bereits verwirklichten Gleichheitsbereichen kein "Doppelansatzpunkt" für den Art. 3 GG ermöglicht werden darf.
5) Ipsen in: Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 156.
6) Wenn auch beim Gleichheitsgrundsatz nur schwer abzugrenzen ist, wann er Grundrecht und wann er Funktionsgrundsatz ist, so berechtigt das jedoch nicht, mit Hamann, GG, S. 88, und Ipsen in: Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 190, den Gleichheitsgrundsatz (in seinen beiden Formen) als grundsätzlich subsidiär anzusehen, um damit einer Differenzierung aus dem Wege zu gehen.
7) Vgl. BVerfGE 1, 14 ff; 3, 240; Hamann, GG, S. 89; Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung, S. 35; Klein, v.M.-Kl., S. 198.

vorgeht, ist er auf den Menschen bezogen; [1] damit ist er grundsätzlich nicht als Gleichbehandlungsgrundsatz für Gegenstände anzusehen. Da die Vorschriften des LMG und seiner FolgeVOen Herstellungs- und Behandlungsverfahren sowie Angebotsformen betreffen, liegt der Schluß nahe, den Gleichheitsgrundsatz als Prüfungsmaßstab für die verfassungsrechtliche Überprüfung des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt und das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt wegzulassen. Die Ausklammerung des nicht personifizierten Bereichs ist jedoch vorsichtig zu beurteilen, da eine Sachbezogenheit oft das sachverwaltende Individuum mit einbezieht. Für diesen indirekten Personenbezug kommt der Gleichheitssatz voll zur Anwendung. [2] Der Gleichheitsgrundsatz kann nicht formelhaft umschrieben werden. [3] Vielmehr muß bei seiner Anwendung von einer konkreten Gegenüberstellung von Einzeltatbeständen ausgegangen werden, die nicht im voraus bestimmt und gegeneinander abgegli-

---

1) Vgl. Hamann, GG, S. 88 "... ebensowenig folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG die Notwendigkeit der rechtlichen Gleichbehandlung von Sachen; in diesen Fällen kommt Art. 3 überhaupt nicht zum Zuge, was meist übersehen wird."

2) Vgl. Hamann, GG, S. 89.
So ist z.B. die Begrenzung der Käsesorten auf den in Anlage 1 zur Verordnung über Käse, Schmelzkäse und Käsezubereitungen (KäseVO) vom 2.6.1951 (BAnz. Nr. 110) i.d.F. vom 19.12.1959 (BGBl. I, 742) auf deutsche Hersteller nicht damit einer Prüfung nach Art. 3 Abs. 1 GG vorzuenthalten, weil die KäseVO sachbezogen ist. In ihrer Sachbezogenheit berührt sie gleichzeitig die Käsehersteller erheblich, so daß Art. 3 Abs. 1 GG zum Zuge kommt. Allerdings sind die Standardisierungsbestrebungen speziell für die deutsche Käsewirtschaft zugeschnitten (zur Erreichung einer besseren Konkurrenzfähigkeit neben verbraucherschützerischen Gesichtspunkten), so daß die aus § 20 KäseVO abgeleitete ungleiche Behandlung der deutschen und ausländischen Käsehersteller (vgl. Heumann und Sauer, Ernährungswirtschaft 1964, 124 (125)) ungleichen Tatbeständen entspricht.

3) Er ist auch nicht einem allgemeinen Willkürverbot gleichzusetzen, vgl. Ipsen in: Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 137, er ist nur Teil des verfassungsrechtlichen "Sammelgrundsatzes" eines Willkürverbotes, vgl. Lerche, Übermaß, S. 31.

chen werden können. Auch hier steht, wie bei der grundrechtlichen Gestaltung, die Einzelfallabtastung im Vordergrund. [1] Der Gleichheitssatz bindet alle Gewalten; [2] allerdings wird dem Gesetzgeber eine "sehr weitgehende Gestaltungsfreiheit" insoweit zuerkannt, [3] als es ihm offensteht, "die Merkmale als Vergleichspaar zu wählen, an denen er Gleichheit und Ungleichheit der gesetzlichen Regel orientiert". [4]

III. Durch das LMG berührte außergrundrechtliche Verfassungsgrundsätze.

Neben den Grundrechten hat der Gesetz- und Verordnungsgeber außergrundrechtliche Verfassungsgrundsätze zu beachten. Aus dem Grundsatz der sozialen Rechtsstaatlichkeit [5] ergibt sich, wie das Beispiel des Gleichheitsgrundsatzes zeigt, die Notwendigkeit, derartige Funktionsgrundsätze als verfassungsrechtliche Richtschnur für alle Gewalten anzuerkennen. [6] Bei der verfassungs-

---

1) Ipsen in: Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 177: "Da die Anwendung" des Gleichheitssatzes "seinem Wesen gemäße "Vergleiche" voraussetzt, Vergleiche aber hinreichend präzise Klarstellung der Vergleichssubjekte, -Objekte und der (rechtlich beachtlichen) -Merkmale und -Bezeichnungen bedingt, entzieht (er) sich schon seiner Natur nach weitgehend abstrahierenden und verallgemeinernden Begriffsbestimmungen".
2) Vgl. Maunz, Dt. StaatsR., S. 107.
3) BVerfGE 9, 209.
4) BVerfGE 9, 206, vgl. auch BVerfGE 9, 337; BVerwGE 4, 155; 8, 107.
5) Vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 1 GG.
6) Vgl. Maunz-Dürig, Rdnr. 70 zu Art. 20; Dürig, AöR 81, 117 (146ff). Dabei kann es im Rahmen dieser Untersuchung dahingestellt bleiben, aus welchen Verfassungsbereichen sie im einzelnen hergeleitet werden, (Fortsetzung)

rechtlichen Untersuchung des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt und des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt ist besonders auf die Grundsätze der Bestimmtheit und der Gewaltenteilung, vor allem im Hinblick auf das Verordnungsrecht, und das Übermaßverbot einzugehen. [1]

1. Bestimmtheitsgrundsatz

Begriffe wie "verdorben, nachgemacht, verfälscht" oder "irreführend bezeichnet bzw. aufgemacht", die zur Abgrenzung des Verbraucherschutzes vor Übervorteilung im Lebensmittelverkehr in der Mißbrauchsregelung des § 4 LMG enthalten sind, können nicht formelhaft vom Lebensmittelhersteller als Richtschnur für seine Tätigkeit benutzt werden. [2] Derartige unbestimmte Rechtsbegriffe sind verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar sind. [3]

Der Bestimmungsgrundsatz verlangt, daß der wie auch immer obrigkeitlich angesprochene Staatsbürger wissen

---

Fortsetzung:
vgl. Maunz-Dürig, Rdnr. 114 zu Art. 20; zur verfassungsrechtlichen Ableitung außergrundrechtlicher Verfassungssätze vgl. Lerche, Übermaß, S. 46 ff.

1) Zur Bedeutung der außergrundrechtlichen Verfassungsgrundsätze für das Lebensmittelrecht vgl. Thieme, Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, S. 83 ff.
2) Vgl. Hieronimi, Anm. 8 ff zu § 4 LMG.
3) Vgl. Rinck, WirtschR, S. 29 Rdnr. 101. Der Bestimmtheitsgrundsatz wird im wesentlichen aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet, vgl. BVerfGE 5, 25 (31); 7, 89 (92); 8, 71 (76); 9, 83 (87); BVerwGE 6, 247 (249); 7, 54 (58); BayVerfGH n.F. 2, 33 (41); Krüger, DVBl. 1955, 450 (456); Scheuner, VVDStRL 11, 1 (53); Thieme, Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, 83 (86 ff); außerdem ist er z.B. in grundrechtlichen (Art. 14 Abs. 3 GG) und außergrundrechtlichen (Art. 80 Abs. 1 GG) Verfassungsbestimmungen ausgeprägt.

muß, welche Rechte und Pflichten sich für ihn aus einem Rechtssatz oder Einzelakt ergeben, [1] er verlangt also "Meßbarkeit und Berechenbarkeit aller staatlichen Machtäußerungen". [2] Das Interesse des Staatsbürgers an einer inhaltlich übersehbaren Normsetzung ist - wie beim LMG - besonders dann gegeben, wenn die wirtschaftliche Handlungsfreiheit berührt wird. [3]

2. Grundsatz der Gewaltenteilung

Im Verbotsvorbehalt des § 5 LMG ist z.B. unter Nr. 5 der Exekutive die Ermächtigung gegeben, durch RVO festzulegen, wann Lebensmittel "verdorben, nachgemacht, verfälscht" oder "irreführend bezeichnet bzw. aufgemacht" sind. Diese Zulässigkeit derartiger Normdelegationen ist nach den Grundsätzen der Bestimmtheit und der Gewaltenteilung zu beurteilen.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung gehört zu den tragenden Prinzipien unserer Verfassung. [4] Die nach Art. 80 GG zulässige Delegation der Normsetzung auf die Exekutive deutet bereits an, daß das GG nicht so sehr von einer streng systematisch durchgeführten Trennung zwischen Legislative, Exekutive und Rechtsprechung geprägt ist, als von einem differenzierten Netz gegenseitiger Gewichtsverteilungs- und Kontrollfunktionen. [5] Art. 80 Abs. 1 GG soll einerseits dem Gesetzgeber die Möglichkeit geben, auf Gebieten, die - wie das LMG - nur schwer

---

1) Wolff, VerwR I, S. 113, 120.
2) Schmitt, VerfL, S. 131; vgl. auch BVerfGE 5, 25 (31); 8, 274 (302).
3) Derartige Regulativnormen müssen "bestimmter" sein als andere, vgl. BVerfGE 8, 325; 9, 86 ff; 9, 173; 2, 121; 3, 30 ff; 6, 124; 7, 282 (302).
4) BVerfGE 3, 225, 247.
5) BVerfGE 7, 183, 188.

abschließend gesetzlich geregelt werden können, [1] die Normsetzung auf die Exekutive zu übertragen, andererseits soll er Blankettermächtigungen dadurch verhüten, daß er entsprechende Ermächtigungen nur zuläßt, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt sind (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung ist also nur unter besonderer Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Ermächtigung zulässig. Nur so kann auch bei auf die Exekutive delegierter Normsetzung der richtungweisende normative Wille des Gesetzgebers maßgebend bleiben. Die Regulativzielsetzung ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers. [2] Der Verordnungsgeber darf die vom Gesetzgeber gesetzten Grenzen nicht überschreiten, da ihm eine Korrektur der gesetzgeberischen Entscheidung verboten ist. [3]

Die nach Art. 80 Abs. 2 GG erforderliche Zustimmung des Bundesrates zu den aufgrund der Vorbehalte des LMG ergehenden RVOen [4] soll im Rahmen der Normdelegation die Beachtung eines weiteren außergrundrechtlichen Verfassungssatzes, nämlich des föderalistischen Prinzips sichern, außerdem stellt sie bis zum gewissen Grade eine Kontrolle der Exekutive durch ein Legislativorgan dar.

3. Grundsatz des Übermaßverbots

Das LMG und seine FolgeVOen werden im Gegensatz zum

---

1) z.B. wegen der dauernden wissenschaftlichen und technischen Weiterentwicklung, vgl. Hieronimi, Vorbem. 4 zu §§ 4 a - 4 e LMG.
2) BVerfGE 5, 85 (119); 6, 32 (42); 8, 71 (76); BVerwGE 2, 114 (116).
3) BVerfGE 8, 274 (325); 13, 248 (255); 16, 332 (339).
4) Vgl. Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr.8 vor §§ 5 - 10 LMG

Lebensmittelwirtschaftsrecht dem Polizeirecht bzw. Polizeistrafrecht zugeordnet. [1] Daher drängt sich bei der Untersuchung seiner tragenden Regulativprinzipien die Berücksichtigung der Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auf, die, vom Polizeirecht ausgehend, im Verwaltungsrecht schon lange heimisch sind, [2] während sie in das Verfassungsrecht erst später Eingang gefunden haben. [3]

So wird, um einige Beispiele anzuführen, der Regulativgesetzgeber bei der Entscheidung, ob er eine Regelung nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt oder nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt treffen soll,"auf die immanenten Maßstäbe ihrer Sachlichkeit und Richtigkeit, bezogen auf die zu regelnde Substanz", festgelegt, [4] und in Anlehnung an polizeirechtliche Vorstellungen wird "einem Verbot als Waffe" eine "Gefahr" als Ziel "notwendig vorangestellt". [5] Die Erteilung der Erlaubnis wird an Bedingungen geknüpft, die in dem Rahmen liegen müssen, "der durch das Schutzgut und den Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr gesteckt ist", [6] und die Anwendung des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt wird u.U. als "verfassungswidriges Übermaß" angesehen. [7] Wenn auch bisher noch keine Ein-

---

1) Hamann, WVfR, S. 133; Thieme, Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, 83 (89).
2) Maunz-Dürig, Rdnr. 117 zu Art. 20.
3) Vgl. die grundlegende Untersuchung von Lerche, Übermaß.
4) Krüger, DÖV 1958, 673 (676).
5) Krüger, DÖV 1958, 673; vgl. auch Strickrodt, NJW 1956, 809 (812): Anwendung der "immanenten Schranken des polizeilichen Eingriffs".
6) Krüger, DVBl. 1950, 625 (628).
7) Geiger, Schranken, S. 15, vgl. auch Scheuner, VVDStRL 11, 1 (58), der für die Regulativnormsetzung voraussetzt, daß sie "im öffentlichen Interesse nötig und geeignet" sein soll. Eine genauere Untersuchung des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt und seine Beziehung zum Übermaßverbot führt Lerche, Übermaß, S. 148 ff durch.

heitlichkeit bei der verfassungsrechtlichen Anwendung der Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit besteht, wird man gerade bei Gesetzen, die die Handlungsfreiheit regeln, ein "zwingendes Erfordernis" [1] derartiger Regelungen verlangen müssen. Es ist ein Verdienst Lerches, das Übermaßverbot präzisiert zu haben, um seine zu weitgehende Anwendung zu verhindern und dadurch die Gestaltungsfreiheit des Regulativgesetzgebers zu sichern. [2] Für das Lebensmittelrecht hat kürzlich Thieme [3] das besondere Gewicht von außergrundrechtlichen Verfassungsgrundsätzen, vor allem des Übermaßverbots, herausgestellt. Die Bedeutung dieser Grundsätze wird auch nicht dadurch geschmälert, daß sie teilweise bereits bei der Überprüfung von Rechtsnormen an den Grundrechten (z.B. bei Art. 12 GG) als Prüfungsmaßstab zur Anwendung kommen.

---

1) Häberle, Wesensgehalt, S. 69.
2) v. Hippel, Grenzen, S. 61, der im Ergebnis mit Lerche übereinstimmt (Fußn. 52).
3) Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, S. 83, 89.

D. Verfassungsrechtliche Untersuchung der Regulativprinzipien

I. Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt

§§ 3 und 4 i.V.m. §§ 4 d und 5 LMG regeln den Verkehr mit Lebensmitteln grundsätzlich nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt. Im Regelfall sieht der Gesetzgeber also den Lebensmittelbereich als (bis zu einem gewissen Grade) unbedenklich an. Zwar läßt er auch in diesem Bereich keine völlig freie wirtschaftliche Entfaltung der Hersteller zu, die sich nur im Rahmen der Vorschriften des bürgerlichen (§§ 123, 138, 823, 826 BGB) und des Strafrechts (§§ 223 ff, 263 StGB) zu halten hätte, aber er stellt auch keine generellen Verbote wie in den §§ 4 a ff LMG auf. Vielmehr beschränkt er sein "Lebensmittel(polizei)recht" [1] auf die Abgrenzung zweier besonderer Schutzbezirke: den Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schädigungen und die Redlichkeit im Lebensmittelverkehr.

Durch Mißbrauch der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und die damit verbundene Verletzung dieser Schutzgüter werden Sanktionen (§§ 11 ff LMG) ausgelöst, d.h. es wird "von Fall zu Fall" [2] eingegriffen. Soweit sich herausstellt, daß in bestimmten Bereichen diese Einzelfallregelung nicht ausreicht, um den Schutz des Verbrauchers zu gewährleisten, wenn also die wirtschaftliche Freiheit so häufig mißbraucht wird, daß Einzelsanktionen den Verbraucher nicht mehr hinreichend vor gesundheitlichen Schäden und Übervorteilungen bzw. Täuschungen im Lebensmittelverkehr schützen können, [3] wird der Exekutive im Rahmen der Ermächtigung der §§ 4 d und 5 LMG die Möglichkeit eingeräumt, VerbotsVOen zu erlassen.

---

1) Hamann, WVfR, S. 133.
2) Isay, WuW 1954, 100 (105, 122).
3) Insoweit könnte man mit Erler, Grundprobleme, S. 188, von "immerhin suspekten" Tätigkeiten sprechen.

1. Einzeleingriff

a) Berufs- und Eigentumsfreiheit

"Es bedarf keiner Begründung, daß die G e s u n d h e i t der ... Verbraucher ein Gut ist, dessen Schutz auch Eingriffe in die Freiheit" wirtschaftlicher Entfaltung der Hersteller "rechtfertigt". [1] Daher darf der Gesetzgeber für Wirtschaftsbereiche, in denen die Gesundheit weiter Bevölkerungskreise in besonderem Maß gefährdet ist, die Bedeutung des Gesundheitsschutzes nachdrücklich hervorheben und für den Fall der Nichtbeachtung mit Sanktionen belegen, die über die allgemeinen Strafgesetze hinausgehen, [2] wenn er auch danach trachten sollte, "ein Sonderrecht für einen bestimmten Gewerbezweig zu vermeiden". [3]

Die Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit decken keine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auf Kosten der

---

1) BVerfGE 9, 39 (52); vgl. auch BVerfGE 7, 377 (414); 9, 39 (52); 13, 97 (107); 17, 269 (276). Auch in der Lehre ist der Gesundheitsschutz als übergeordnetes Rechtsgut anerkannt, vgl. Hamann, WfR, S. 122; Gallwas, Mißbrauch, S. 100; Häberle, Wesensgehalt, S. 7, 14; kritisch: Lerche, Übermaß, S. 228.

2) Gerade im Lebensmittelrecht ist der Schutz der Gesundheit vielfach als eine der vordringlichsten Aufgaben des Gesetzgebers angesehen worden, vgl. Jochmus, Ernährungsumschau 1956, 121; Hamann, Ernährungswirtschaft 1957, 3; Brockmann, DVBl. 1959, 278; Kühnau, Verbraucher 1959, 675; Kraak, Ernährungswirtschaft 1960, 162 (167); Forschbach, Ernährungswirtschaft 1960, 168; Schwarzhaupt, Dt. Lebensmittelrdsch. 1962, 74 (77). Diese Auffassung vertritt auch das OVG Münster DVBl. 1952, 572, das die Volksgesundheit "als unabdingbaren Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung" ansieht, deren Schutz "ausreichende staatliche Vorkehrungen" notwendig mache, "die eine einwandfreie ... Qualität" der Lebensmittel "gewährleisten" sollen.

3) Thieme, Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, S. 83 (97) m. Nachw.

Gesundheit der Verbraucher. [1] § 3 LMG stellt also eine dem Hersteller gegenüber zulässige Verhaltensmaßregel im Lebensmittelverkehr dar.

Über § 263 StGB hinausgehend schützt § 4 LMG den Verbraucher vor Übervorteilung und Täuschung [2] im Lebensmittelverkehr. Wie etwa das Handwerk, [3] so ist auch die Redlichkeit im Lebensmittelverkehr vom Gesetzgeber als besonders zu schützendes Gemeinschaftsgut anerkannt worden. Eine geordnete Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln ist für den Bestand des Staates unerläßlich.

Wenn in § 4 LMG untersagt wird, "verfälschte, nachgemachte, verdorbene" [4] und "irreführend aufgemachte" Lebensmittel in Verkehr zu bringen, so wird dadurch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit insoweit beschränkt, als dem Hersteller über die Pflicht zur Beachtung des Gesundheitsschutzes hinaus in Form einer Art Generalklausel bindende Herstellungs- und Vertriebsvorschriften gemacht werden, während dem Verbraucher bis zu einem gewissen Grade das Auswahlrisiko genommen

---

1) Gallwas, Mißbrauch, S. 100.
2) Täuschung muß nicht notwendig zu einer Übervorteilung des Verbrauchers führen; zumindest "zum Begriff des Nachmachens gehört nicht, daß das hergestellte Erzeugnis gegenüber dem echten Lebensmittel geringwertiger ist" (Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 7 zu § 4 LMG mit Nachw. d. Rspr.). Das soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß "§ 4 LMG in erster Linie eine wirtschaftliche Benachteiligung des Verbrauchers verhindern" soll (Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 3 zu § 4 LMG).
3) BVerfGE 13, 97 (107 ff).
4) Im Hinblick auf § 3 LMG sei darauf hingewiesen, daß verdorbene Lebensmittel nicht notwendig auch gesundheitsschädlich sein müssen; zur Abgrenzung der Eignung eines Lebensmittels zur Gesundheitsschädlichkeit vom Verdorbensein vgl. BayObLG LRE 3, 194, (195) m. Nachw.; KG LRE 1, 258 (260).

wird. Oberflächlich betrachtet mag diese Bindung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit u.U. sogar als eine Einengung der Vertragsfreiheit erscheinen. Ähnlich ist gegen das Kartellverbot argumentiert worden. Zwar ist die Problematik der Kartellgesetzgebung nicht unbedingt mit der Frage der Mißbrauchsabwehr im Lebensmittelrecht zu vergleichen, trotzdem mögen einige Argumente aus der Kartelldiskussion auch für das Lebensmittelrecht verwendbar sein. [1]

Oberster Grundsatz im Kartellrecht ist es, daß "denjenigen, die auf Grund ihrer tatsächlichen Überlegenheit ihren Rechtsgenossen Verträge diktieren können, ... der Vertrag als Instrument dazu entzogen" wird. [2] Die Vertragsfreiheit kann nicht zur Rechtfertigung von Täuschungen und Übervorteilungen herangezogen werden. Dieser Grundsatz hat seinen Ausdruck im bürgerlichen Recht (z.B. §§ 123, 823 Abs. 2, 826 BGB) und im Strafrecht (§ 263 StGB) gefunden. Vertragsfreiheit setzt primär voraus, daß die Vertragspartner die gegenseitigen Positionen erkennen können. (Das Kartellverbot geht weiter, indem es nicht nur die Erkennbarkeit der Positionen, sondern bis zu einem gewissen Grade auch die wirtschaftliche Gleichberechtigung der Partner fordert.) Daher kann der Gesetzgeber für den gesamtwirtschaftlich wichtigen Lebensmittelmarkt eine bestimmte Markttransparenz vorschreiben, wenn er es zum Schutz der Verbraucher für nötig erachtet. Der Verbraucher ist gegenüber dem Hersteller als "tatsächlich" unterlegen anzusehen, da vielen Lebensmitteln infolge diffe-

---

1) Dafür spricht nicht zuletzt, daß Ausdrücke wie Mißbrauchsprinzip im Lebensmittelrecht "aus der Kartelldiskussion übernommen" worden sind (Haupt, Ernährungswirtschaft 1956, 159).

2) Hüberle, Wesensgehalt, S. 113; Nachw. gegenteiliger Ansichten bei Scheuner, VVDStRL 11, 1 (23, Fußn. 59).

renzierter Produktionsverfahren der ernährungsphysiologische Wert nicht mehr ohne weiteres angesehen werden kann. "Die Zusammensetzung von Wurstwaren" und anderen Lebensmitteln mit komplizierten Herstellungsverfahren "kann ohne spezielle Kenntnisse und Hilfsmittel meist nicht bestimmt werden. Der Verbraucher muß sich daher selbst bei spezieller Warenkenntnis darauf verlassen, daß die Wurstwaren so beschaffen sind, wie es dem Brauch des reellen Gewerbes entspricht und wie es äußerer Anschein und Bezeichnung erwarten lassen". [1]

Ein instruktives Beispiel stellt der Gehalt an Kollagen in einem Lebensmittel dar, dessen Nährwert dem Muskeleiweiß gegenüber geringer ist. Die Feststellung des Kollagengehalts in den fertigen Wurstwaren ist infolge der Verfeinerung der Herstellungsmethoden sehr schwierig. [2] Die "Marktunterlegenheit" der Verbraucher [3] beruht darüber hinaus auf dem nicht mehr zu übersehenden Warenangebot und der damit abnehmenden Übersichtlichkeit des Marktes. Mangels geeigneter Bewertungsmaßstäbe ist der Verbraucher nicht mehr in der Lage, den Wert und die Preiswürdigkeit der Lebensmittel ohne Schwierigkeiten zu erkennen. Daraus folgt für den Gesetzgeber "aus dem Sozialstaatsprinzip ... die Verpflichtung, den wirtschaftlich Schwachen zu schützen". [4]

Mittelbar wirkt sich der Schutz des Verbrauchers vor Täuschung im Lebensmittelverkehr auch gesundheitsschützend aus, denn schließlich können Verbraucher, die über

---

1) So Prändl, Die histologische Analyse von Wurstwaren, S. 1.
2) Vgl. Prändl, aaO, S. 100 und 109 u.a.
3) Kienbaum, Ref. in: FAZ Nr. 129 v. 6.6.66, S. 15, und Handelsbl. Nr. 106 v. 6.6.66, S. 6.
4) Hamann, WVfR, S. 47; vgl. auch Häberle, Wesensgehalt, S. 121.

längere Zeit mangelhafte Ernährung als vollwertig ansehen, gesundheitliche Schäden (Mangelkrankheiten) erleiden. Ähnliches gilt für Verbraucher, die aus diätetischen Gründen auf den Verzehr von Lebensmitteln bestimmter Qualitäten angewiesen sind. So wird ein Verbraucher, der Fett schlecht verträgt und deshalb fettarme Spitzenqualitäten vorzieht, gesundheitlich geschädigt, wenn er statt dessen eine nicht äußerlich erkennbare fettreiche Ware einfacher Qualität verzehrt. Verbraucher, die gegen Kuhmilch allergisch sind, und statt des gewünschten reinen Schaf- oder Ziegenkäses aus Kuhmilch hergestellten Käse erhalten und verzehren, können allergische Reaktionen bekommen.

"Die Verpflichtung zum Schutz des wirtschaftlich Schwachen" durch Sicherung einer gewissen Transparenz des Marktes bezieht sich nur auf die Lebensmittel (§ 1 LMG), nicht jedoch auf Bedarfsgegenstände (§ 2 LMG). Daher unterliegt z.B. der Verkehr mit Kosmetika zwar § 3, nicht jedoch § 4 LMG. Die gesundheitlichen Gefahren, die mit dem Gebrauch von Kosmetika verbunden sind, müssen als so groß angesehen werden, daß der Verbraucher auch insoweit ein besonderes Schutzinteresse hat. Auf der anderen Seite sind Kosmetika jedoch nicht so lebenswichtig wie Lebensmittel, so daß sich Täuschungen auf diesem Gebiet nicht annähernd so nachteilig auswirken können wie im Verkehr mit Lebensmitteln.

Die berufsfreiheitsregelnden und eigentumsbindenden Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers vor Übervorteilung dürfen nicht nur als belastend für den Hersteller angesehen werden. Zumindest als Nebenwirkung schützen sie auch den redlichen Hersteller und Händler vor unreeller Konkurrenz. [1)]

---

1) Zipfel, Rdnr. 4 zu § 4 LMG und BB 1959, 509; Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 246 zu § 4 LMG, mit Nachw. der Rspr. des BGH, der die irreführende Bezeichnung gem. § 4 Nr. 3 LMG und § 3 UWG nach gleichen Gesichtspunkten behandelt.

Das Reinheitsgebot für Lebensmittel ist als besonderes Schutzinteresse im LMG nicht genannt. Es handelt sich hierbei auch nicht um ein selbständiges Verbraucherschutzinteresse. [1] Das Reinheitsgebot ergibt sich aus den Geboten des Gesundheitsschutzes (Schutz vor gesundheitlichen Schädigungen durch Fremdstoffzusätze) und der Redlichkeit im Lebensmittelverkehr. Diese beiden Grundsätze tragen bereits der Erwartung des Verbrauchers Rechnung, daß die angebotenen Lebensmittel nichts "Unübliches" enthalten. [2]

Die Sanktionen der §§ 11 ff LMG, die als Mißbrauchsfolgen vorgesehen sind, können u.U. eine starke Belastung für den Hersteller darstellen. § 13 LMG sieht eine Einziehung oder Vernichtung von Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen vor, auf die sich ein Mißbrauch bezieht. Diese Sicherungsmaßnahme, [3] wie sie im Straf- und Nebenstrafrecht allgemein üblich ist, kann schon durch den Gesichtspunkt der Störungsabwehr gerechtfertigt werden. Insoweit wird der Störer "nur in bestehende Schranken zurückverwiesen". [4] Die Frage, ob eine Maßregelung von Störereigentum generell ohne Entschädigung möglich ist, d.h., ob "rechtmäßige polizeiliche

---

1) Das gilt selbst für das bayerische Reinheitsgebot für Bier (vgl. BGH LRE 2, 10 (11 ff); LRE 2, 18 (19 ff) und LRE 2, 244/245).

2) Zwar mag das Fehlen eines ausdrücklichen Hinweises auf das Reinheitsgebot im Interesse der Verbraucher bemängelt werden (so Eichholz, Dt. Gesundheitspolitik 1, 73), dieser Mangel darf aber nur im Hinblick auf die Allgemeinverständlichkeit des LMG verstanden werden, denn der Schutz des Verbrauchers, der "ein Lebensmittel so erwartet, wie es der Natur entspricht" (Hieronimi, Erl. 5 zu § 4 LMG, vgl. auch Landgrebe-Wolff, Ernährungswirtschaft 1957, 61 (62)), wird durch die geltende Regelung gewährleistet.

3) Holthöfer-Juckenack-Müse I, Rdnr. 2 zu § 13 LMG.

4) Dürig, AöR 79, 57 (86); Maunz-Dürig, Rdnr. 81 ff zu Art. 2 GG; weitere Nachw. bei Lerche, Übermaß, S. 118 Fußn. 74, und Gallwas, Mißbrauch, S. 118 Fußn. 2.

Eingriffe begrifflich nie enteignen können", die besonders von Lerche, [1] aufgeworfen wurde, kann im Zusammenhang mit den Sanktionen des LMG dahingestellt bleiben, da § 13 LMG die Einziehung oder Vernichtung nur obligatorisch vorschreibt, wenn der Hersteller sein Eigentum vorsätzlich zum Schaden des Verbrauchers mißbraucht hat. "Handeln ohne Recht", wie es gerade bei vorsätzlichem Mißbrauch vorliegt, "genießt ... keinen Grundrechtsschutz, den die staatlichen Organe zu beachten hätten. Diese drängen, wenn sie eine konkrete Mißbrauchshandlung unterbinden oder verhindern, den Mißbraucher lediglich in seinen wahren Grundrechtsbereich zurück". [2] Auch Lerche räumt schließlich ein, daß die "Beschneidung von Grundrechtsgrenzen zum Zweck der Zurückweisung des Störers nicht begriffsnotwendig" ist. [3]

Eine nichtenteignende Zurückweisung des Störers wird aus Gründen des Gesundheitsschutzes am ehesten vertretbar sein; denn die Einziehung oder Vernichtung von Lebensmitteln, die z.B. hochpathogene Keime oder Toxine enthalten, dürfte schon deshalb kaum als Enteignung gewertet werden, da sie für den Eigentümer praktisch keinen beachtlichen Wert mehr darstellen. [4] Aber selbst in weniger gravierenden Fällen, in denen Lebensmittel betroffen werden, die durchaus noch einen materiellen Wert haben, obwohl sie die Gesundheit des Verbrauchers zu schädigen geeignet (§ 3 LMG), verfälscht,

---

1) Übermaß, S. 118 ff.
2) Gallwas, Mißbrauch, S. 118; vgl. auch Häberle, Wesensgehalt, S. 120: "Da der Mißbrauch eines Rechts von vorn herein nicht zu dessen Inhalt gehört ..., sind mißbrauchsverhindernde Gesetze keine Rechts-"beschränkungen"." Vgl. dazu auch Kaufmanns (VVDStRL 9, 1 (15)) Vorstellungen vom ungeschriebenen Mißbrauchsvorbehalt.
3) Lerche, Übermaß, S. 120.
4) Derartige überhaupt nicht mehr verwertbare Lebensmittel sind ebensowenig enteignungsfähig wie wertloser Abfall (z.B. Müll), vgl. BGHZ 40, 355 ff.

nachgemacht, verdorben oder irreführend aufgemacht sind (§ 4 LMG), müssen sichernde Maßregeln nach § 13 LMG gerechtfertigt sein, da das Grundrecht Eigentumsfreiheit unter dem Gesichtspunkt der Sozialbindung den Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsschädigungen und Übervorteilung bzw. Täuschung im Lebensmittelverkehr enthält. [1] Mit entsprechender Begründung sind auch die Sanktionen der §§ 14 und 15 LMG, die nicht unerhebliche Regelungen der Berufsfreiheit darstellen, zulässig.

b) Bestimmtheitsgrundsatz

Besondere Schwierigkeiten bei der Normsetzung nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt macht die Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes. [2] Das Gebot des § 3 LMG, Lebensmittel nur so herzustellen und in den Verkehr zu bringen, daß deren Genuß nicht die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet ist, läßt sich mit naturwissenschaftlichen Methoden weitgehend abgrenzen. [3] Ein Lebensmittel ist dann geeignet, die menschliche Gesundheit zu schädigen, wenn es "bestimmt festgestellte Eigenschaften aufweist, infolge deren sein Genuß auf die normale menschliche Gesundheit (ohne Rücksicht auf besondere individuelle Eigenschaften) regelmäßig eine schädigende Wirkung ausübt". [4] Der Begriff Gesundheits-

---

1) Vgl. Gallwas, Mißbrauch, S. 118: "Da dem Staat keine allgemeine Sanktionshoheit zusteht, sind solche Beschränkungen nur zulässig, sofern das betroffene Grundrecht einen entsprechenden Gesetzesvorbehalt hat oder in anderer Weise nach dem Grundgesetz beschränkbar ist."
2) s.S.30/31
3) Aber selbst das ist teilweise mit Schwierigkeiten verbunden, vgl. zur Feststellung der Eignung zur Gesundheitsschädigung BGH LRE 1, 27/28; OLG Hamm LRE 2, 135 (136 ff); BGH LRE 4, 21 (22 ff); Hess. VGH LRE 4, 334 (337 ff).
4) OLG Hamm LRE 2, 135 (136).

schädigung ist schon vom Strafrecht her vertraut, [1] außerdem haben Rspr. und Lehre gerade für das Lebensmittelrecht Grundsätze zur Beurteilung der Gesundheitsschädigung entwickelt, daher ist § 3 LMG als bestimmt genug in dem Sinne anzusehen, daß der Hersteller weiß, wie er sein Verhalten einzurichten hat. [2]

Nach § 4 LMG liegt ein Mißbrauch der wirtschaftlichen Freiheit des Lebensmittelherstellers vor, wenn er "nachgemachte, verfälschte, verdorbene" oder "irreführend aufgemachte" Lebensmittel [3] in den Verkehr bringt. Maßgebend für die Annahme einer Verbrauchertäuschung ist der Vergleich mit einem "normalen" Lebensmittel. "Folgerichtig hat denn auch die höchstrichterliche Rechtsprechung als Generalbeurteilungsnorm im Anwendungsbereich des § 4 LMG ein derart beschaffenes und brauchbares Lebensmittel herausgestellt, wie es die in Betracht kommenden Verbraucherkreise nach seiner stofflichen Erscheinungsform, Ausstattung, sowie dem Preis und der Art seiner Darbietung berechtigtermaßen im redlichen Verkehr erwarten." [4] Um den Schwierigkeiten zu

---

1) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 17 zu § 3 LMG.
2) s.S.30/31
3) Vgl. die Rspr. zu den Begriffen n a c h g e m a c h t: BGH LRE 1, 28 (29); BayObLG LRE 1, 350 (351 ff); OLG Celle LRE 4, 163 (164); v e r f ä l s c h t: BGH LRE 1, 28 (29/30); BayObLG LRE 1, 43 (44 ff); KG LRE 1, 51 (55); OLG Karlsruhe LRE 1, 215 (216); BayObLG LRE 2, 43; KG LRE 3, 151 (152 ff); OLG Köln LRE 3, 305 (307); OLG Karlsruhe LRE 4, 188 (189); v e r d o r b e n: BGH LRE 1, 27, 28; OLG Düsseldorf LRE 1, 298/299; OLG Köln LRE 2, 141 (142/143); BayObLG LRE 3, 17 (18); BayObLG 3, 194 (195); BGH LRE 4, 21 (25/26); i r r e f ü h r e n d a u f g e m a c h t: BGH LRE 1, 39 (40/41); BayObLG LRE 2, 52 (53 ff) und 3, 186 (188 ff); KG LRE 4, 318 (320 ff); BGH LRE 4, 21 (26).
4) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 128 zu § 4 unter Berufung auf RGSt 41, 437; 40, 150.

begegnen, die bei der Feststellung der Norm und den Abweichungen von ihr auftreten können, sind von der Rspr. eine Reihe von Hilfsmitteln herangezogen worden, soweit keine normativen Begriffsbestimmungen, Herstellungs- und Vertriebsvorschriften bestehen. Dazu gehören u.a. ungültig gewordene Rechtsnormen, [1] einschließlich der Vorschriften des Reichsnährstandes, [2] Handels-, Handwerks- und Geschäftsbräuche, [3] Vereinbarungen der Hersteller (teils unter Mitwirkung des Nürnberger Bundes und später des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde) [4] und Runderlasse der zuständigen Ministerien bzw. oberen Lebensmittelbehörden. [5]

Ist trotz Anwendung dieser Hilfsmittel die Verbrauchererwartung nicht klar erkennbar, so ist sie

---

1) BayObLG LRE 3, 12 (14); OLG Düsseldorf LRE 4, 170 (171).
2) VG Berlin LRE 1, 12 (14); BayObLG LRE 3, 35 (37).
3) BGH LRE 1, 28 (29); KG LRE 3, 131 (133); OLG Braunschweig LRE 3, 288 (289). Dabei darf aber nach KG LRE 1, 256 (257) "unter Handels- und Geschäftsgebrauch nicht jede üblich gewordene, vielleicht auf Täuschung berechnete Manipulation, sondern nur der in dem soliden, reellen, ehrlichen Verkehr sich ergebende Gebrauch verstanden werden ..."; so auch OLG Hamm LRE 4, 185 (186).
4) OLG Stuttgart LRE 1, 157 (159 ff); KG LRE 1, 266 (269) und LRE 2, 63 (64 ff); HansOLG Hamburg LRE 2, 207 (211) und LRE 2, 295 (298/299); OLG Stuttgart LRE 2, 315 ff und LRE 3, 310 (316); BayObLG LRE 4, 144 (146); KG LRE 4, 311 (314 ff). Grundsätzlich ist zu beachten, daß Vereinbarungen der Hersteller, "die Feststellungen über die Sollbeschaffenheit von Lebensmitteln enthalten, das Mindestmaß dessen darstellen, was die Abnehmer nach Treu und Glauben erwarten dürfen" (HansOLG Hamburg LRE 2, 207 (211)). Besonderes Gewicht erhalten Herstellervereinbarungen bei Billigung durch den Ausschuß für Lebensmittelchemie der Arbeitsgemeinschaft der für die Gesundheitsfragen zuständigen Länderminister (ALAG) (BayObLG LRE 3, 35 (37)) oder anderer Behörden. Der ALAG besteht allerdings inzwischen nicht mehr (Zipfel, Ernährungswirtschaft 1965, 126).
5) KG LRE 1, 181 und LRE 2, 67 (75); OLG Oldenburg LRE 2, 311 (312) und LRE 2, 355 (357).

im Wege der Einzelfallfeststellung zu ermitteln. Dabei sind die Gerichte auf die Mitwirkung von Sachverständigen angewiesen. [1] Bei der Einzelfallfeststellung der Verbrauchererwartung ist das jeweilige Absatzgebiet maßgebend, [2] d.h. die Personen, bei denen Lebensmittel hergestellt und abgesetzt werden. [3] Dabei ist zu beachten, daß die Verbrauchererwartung gewissen Wandlungen unterworfen sein kann. [4] Letztlich ist für die Feststellung der Verbrauchererwartung auch die Meinungsbefragung als "ein zulässiges und vielfach auch geeignetes Beweismittel" anzusehen. [5] Bei der Ermittlung der Verbrauchererwartung ist grundsätzlich von den tatsächlichen Vorstellungen der Verbraucher auszugehen, selbst wenn sie im einzelnen "von dem fachwissenschaftlichen Verständnis abweicht und wissenschaftlich nicht haltbar ist". [6]

Die vielfältigen Möglichkeiten zur Bestimmung der Verbrauchererwartung lassen deutlich werden, daß es der Hersteller nach § 4 LMG schwerer hat, festzustellen, wonach er seine Tätigkeit auszurichten hat, als nach § 3 LMG; der Gesetzgeber hat in § 4 LMG wesentlich weniger klar zu erkennen gegeben, was rechtens ist. [7] Es hat an Versuchen nicht gefehlt, den Grundsatz der Redlichkeit im Lebensmittelverkehr genauer zu definieren, man hat jedoch einsehen müssen, daß eine Konkreti-

---

1) Vgl. zu den Aufgaben des Sachverständigen KG LRE 2, 67 (73), OLG Braunschweig LRE 3, 288 (290).
2) OLG Oldenburg LRE 1, 143 (148).
3) BayObLG LRE 2, 42/43; HansOLG Bremen LRE 3, 295 (297/298).
4) KG LRE 1, 266 (271); BayObLG LRE 2, 43 (44/45); HG LRE 2, 91 (94§95); OLG Stuttgart LRE 2, 363 (364).
5) BGH LRE 3, 253 und LRE 5, 17 (25/26); vgl. auch Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 198 zu § 4 LMG.
6) BayObLG LRE 3, 186, vgl. auch OLG Frankfurt LRE 4, 322 (324), und Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 175 zu § 4 LMG.
7) Vgl. BVerfGE 5, 25 (31); BayVerfGH 4, 90(103, 106).

sierung des § 4 LMG nur in einem unübersichtlichen Katalog von Begriffsbestimmungen möglich wäre, [1] der den Rahmen des LMG sprengen würde. Daher hat der Gesetzgeber die lebensmittelrechtliche Entwicklung als Auslegungsmaßstab für auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe in seine Überlegungen einbezogen. Rspr. und Lehre haben daher überwiegend auch § 4 LMG selbst im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG als hinreichend bestimmt angesehen mit der Begründung, es genüge, daß "sein Sinn und Ausmaß durch Auslegung ermittelt werden" könne. [2] Außerdem sei "längst gesicherte Rechtsprechung ... was grundsätzlich unter Verbrauchererwartung zu verstehen" sei. [3] Das kann jedoch nicht über die Unzulänglichkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe hinwegtäuschen. Thieme sieht zumindest einige dieser Begriffe als "gesetzgeberische Fehlleistungen" an, hält jedoch u.U. eine verfassungskonforme Auslegung der betreffenden Vorschriften für möglich, so daß "jedenfalls nicht schon der Gesichtspunkt der mangelnden Bestimmtheit des Gesetzes zur Nichtigkeit" führen würde. [4] Er bezweifelt allerdings die Vereinbarkeit derartiger unbestimmter Rechtsbegriffe, wie sie im LMG verwendet werden, mit Art. 103 Abs. 2 GG, da sie nach seiner Auffassung für den Lebensmittelhersteller nicht hinreichend erkennen lassen, "was eigentlich von ihm verlangt wird". [5]

---

1) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 4 zu § 4 LMG.
2) BGH LRE 2, 10 (17).
3) BayObLG 3, 103 (110); vgl. auch Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 4 zu § 4 LMG: "Wissenschaft und Rechtsübung haben unter Benutzung der Vorarbeiten zum aLMG während der fast 50jährigen Dauer des aLMG den Begriffen "nachgemacht", "verfälscht", "verdorben" eine feststehende und allgemein anerkannte Auslegung gegeben, so daß das LMG diese Begriffe ohne weiteres als bekannt übernehmen konnte."
4) Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, S. 83 (88), Fremdstoffbegriff.
5) Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, S. 83 (95).

Die gesetzestechnische Unmöglichkeit, den Begriff der Redlichkeit im Lebensmittelverkehr abschließend festzulegen, zwingt schließlich zur Verwendung unbestimmter bzw. ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe, [1] wenn man nicht ein "kirchhofsfriedliches Erstarren" [2] des Lebensmittelrechts in Kauf nehmen will. [3] Besonders für Materien, die wie der Lebensmittelbereich in ständigem Wandel durch Fortentwicklung der wissenschaftlichen und technischen Grundlagen sowie Änderungen der Verbrauchererwartung begriffen sind, [4] gilt der Grundsatz, daß das Rechtsstaatsprinzip (und damit auch der Bestimmtheitsgrundsatz) "kein statisches Prinzip eines lebensfremden Traditionalismus" ist, sondern ein "dynamisches Prinzip, das stets auf der Höhe der sich wandelnden Situation bleibt". [5] Gewissermaßen als Korrektiv dafür, daß der Gesetzgeber besonders in § 4 LMG unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden darf, wirkt die strafrechtliche Beurteilung eines Irrtums des Herstellers über die Norm des Lebensmittels bzw. die Verbrauchererwartung als vorsatztatausschließender Tatbestandsirrtum. [6]

Damit erhält der Gesetzgeber jedoch keinen Freibrief für jede noch so weitgehende Unbestimmtheit der von ihm zur Umschreibung des Mißbrauchstatbestands verwen-

---

1) Vgl. Jensch, AöR 82, 163 (234 ff), der zur Verdeutlichung zwischen auslegungsfähigen und unbestimmbaren Rechtsbegriffen unterscheidet.
2) Maunz-Dürig, Rdnr. 90 zu Art. 20 GG.
3) Zur Zulässigkeit allgemeiner Begriffe im Strafrecht vgl. Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, Vorbem. B II 1a vor § 1 StGB m.Nachw.
4) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 178, 179 zu § 4 LMG.
5) Maunz-Dürig, Rdnr. 90 zu Art. 20 GG.
6) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 35 ff zu § 11; vgl. auch KG LRE 2, 184 (188); OLG Saarbrücken LRE 4, 372 (375).

deten Begriffe. Vielmehr verpflichten ihn die verfassungsrechtlichen Bedenken dazu, seine Normen so bestimmt wie möglich zu formulieren. Wegen der im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bestehenden Bedenken sind auch die Überlegungen berechtigt, inwieweit die Sanktionen des LMG in Ordnungswidrigkeiten übergeführt werden können. [1]

2. Verbot durch RVOen

Der Verbotsvorbehalt der §§ 4 d und 5 LMG gibt der Exekutive die Möglichkeit, bestimmte Herstellungs- und Vertriebsformen aus dem Mißbrauchsbereich auszuklammern und einem Verbot zu unterstellen. Auf Grund des § 4 d LMG können bestimmte physikalische Behandlungsverfahren verboten werden. [2] § 5 Nr. 1 LMG ermächtigt zum Erlaß von VerbotsVOen zum Schutz der Gesundheit (zur Durchführung des § 3); Nr. 2 enthält eine Konzessionierungsmöglichkeit für bestimmte Tätigkeiten, Nr. 3 dehnt die Schutzwirkung des LMG auch auf den nichtgewerblichen Bereich aus. Nr. 4 und 5 enthalten die Ermächtigung zum Erlaß von Abgabevorschriften, Begriffsbestimmungen und Herstellungsvorschriften, auf Grund von Nr. 6

---

1) Besonders die Lebensmittelwirtschaft hat wiederholt darauf hingewiesen, daß bei der Unsicherheit im Lebensmittelrecht, die "vom Widerstreit rechts- und naturwissenschaftlicher Meinungen und vom Fortgang wissenschaftlicher Erkenntnisse verursacht" wird, "in dem für Kriminalstrafen gesetzten Rahmen kein gerechter Ausgleich mehr zu finden" sei (Kraak, Entwicklung des Lebensmittelrechts im nationalen und zwischenstaatlichen Bereich, S. 7 (11)); vgl. auch Thieme, Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, S. 83 (96 ff)). In die parlamentarische Diskussion um die Gesamtreform des Lebensmittelrechts ist auch die Neuordnung des Lebensmittelstrafrechts einbezogen (vgl. Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 1519 und 1562; IV/370).

2) § 4 d LMG gilt nur soweit, als nicht schon ein generelles Verbot nach § 4 c LMG vorliegt.

können Einführvorschriften und von Nr. 7 Vorschriften zur technischen Durchführung der Untersuchungen erlassen werden.

a) Berufsfreiheit

Die auf Grund des Vorbehalts der §§ 4 d und 5 LMG erlassenen RVOen berühren die Berufsfreiheit des Herstellers unterschiedlich. Wenn man die Stufentheorie des BVerfG [1] zugrundelegt, ist zu erwarten, daß "die zahlreichen Vorschriften des Lebensmittel(polizei)-rechts" [2] zur e r s t e n Stufe gehören. Ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich danach, ob die Vorschriften durch "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" gerechtfertigt sind. [3] Damit wendet das BVerfG die Grundsätze des Übermaßverbots [4] auf die Regelung der Berufsfreiheit an. Schon im Bereich der ersten Stufe ist eine Regelung verfassungswidrig, wenn sie übermäßige und unzumutbare Belastungen für den Lebensmittelhersteller enthält. [5] Daher ist bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung der VerbotsVOen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des Übermaßverbots im Rahmen des Art. 12 GG nach der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Normen zu fragen. [6] Dabei ist jedoch stets zu beachten, daß

---

1) BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil), s.S.16 ff
2) Hamann, WVfR, S. 133.
3) BVerfGE 7, 377 (405).
4) s.S.32 ff
5) BVerfGE 7, 377 (406); 11, 234 (239); 13, 97 (113); 13, 237 (241); 14, 19 (22); 15, 226 (234); 16, 147 (163,173); 17, 232 (242); 18, 253 (361/362).
6) Vgl. dazu BayObLG LRE 4, 135 (136): "Soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen, kann die Freiheit der Berufsausübung im Wege der Regelung beschränkt werden (BVerfGE 14, 22; 7, 405). Dabei ist das Maß der Beschränkungen für den einzelnen gegen die Notwendigkeit der Regelung zum Schutze der Allgemeinheit sorgfältig abzuwägen. Je

(Fortsetzung)

dem Gesetz- und VOGeber ein Ermessensspielraum erhalten bleibt. [1]

Ein Verstoß gegen das Übermaßverbot bei der Normsetzung wird nur angenommen werden können, wenn lebensmittelrechtliche Vorschriften offensichtlich erkennen lassen, daß sie nicht geeignet, erforderlich oder verhältnismäßig sind. Nur solche evident übermäßigen Vorschriften sind nicht mehr als zulässige Regelungen der Berufsfreiheit anzusehen.

So wäre eine RVO nach § 5 Nr. 1 LMG, die zum Schutze der Gesundheit ein Kältebehandlungsverfahren zum Keimfreimachen von Lebensmitteln vorschriebe, u n g e e i g n e t , da durch tiefe Temperaturen wohl Parasiten abgetötet werden können, [2] nicht (bzw. kaum) aber Bakterien, Viren, Pilze usw., die allenfalls in ihren Lebensvorgängen gehemmt werden. [3]

Fortsetzung:
einschneidender die Freiheit der Berufsausübung beengt wird, desto höher müssen die Anforderungen an die Dringlichkeit der öffentlichen Interessen sein, die zur Rechtfertigung solcher Beengungen ins Feld geführt werden (BVerfGE 11, 30, 42, 43)."
"Beengungen" können also nach dieser Rspr. nur gerechtfertigt sein, wenn sie zumindest geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im Hinblick auf den "Schutz der Allgemeinheit" sind.

1) BVerfG DVBl. 1964, 222 (228).
2) Z.B. Rinderfinnen: vgl. Bartels und Tändler, Fleischwirtschaft 1963, 709 mit Nachw., und Anlage 3 der AB. A (zum FleischbeschauG) über die Untersuchung und gesundheitspolizeiliche Behandlung der Schlachttiere und des Fleisches bei Schlachttieren im Inland i.d.F.d.ÄndVO vom 1.8.1960 (BGBl. I, S. 625); Trichinen: vgl. Gißke, Fleischwirtschaft 1954, 238; Irschlinger, Zur Kältebehandlung von Rohwürsten, S. 4 ff, mit zahlreichen Nachw.
3) Sulzbacher, Food Technology 1950, 386; Schormüller, Die Erhaltung von Lebensmitteln, S. 276 ff; Christophersen, Die Wirkung tiefer Temperaturen auf Mikroorganismen, S. 282 ff.

Zweifel an der Eignung einer RVO, die auf Grund von § 5 Nr. 5 LMG Herstellungsvorschriften enthält, entstehen, wenn die Vorschriften nicht dem Stand der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung entsprechen. Als Beispiel sei die außer auf § 5 Nr. 1 und 5 LMG auch noch auf einer Reihe milch- und fettrechtlicher Ermächtigungen beruhende KäseVO vom 2.6.51 (BAnz. Nr. 110 v. 12.6.51) i.d.F.v. 1.9.61 (BAnz. Nr. 176 v. 13.9.61) angeführt, die nach § 4 i.V.m. Anlage 1 D z.B. für die Herstellung von "Emmentaler Käse" als Rohmaterial eine nicht über 44° C erwärmte Milch vorschreibt. Nachdem jedoch die Milchtemperatur keinen Einfluß auf die wesentlichen Merkmale dieser Käsesorte hat und im Ausland "Emmentaler" auch aus höher erhitzter Milch hergestellt wird, ist diese Vorschrift nicht geeignet, eine bestimmte Käsequalität zu garantieren, [1] ganz abgesehen von den hygienischen Vorteilen, die eine Sterilisation der Käsereimilch mit sich bringt. [2]

Eine Parallele dazu bildet § 2 der auf Grund des § 5 Nr. 1 und 4 LMG erlassenen VO über Obsterzeugnisse vom 15.7.33 (RGBl. I, S. 495) i.d.F.v. 17.8.38 (RGBl. I, S. 1048), der für die Herstellung von Obstkonfitüren das "Einkochen" vorschreibt. Nachdem es aber technologisch möglich geworden ist, qualitativ mindestens gleichwertige Konfitüren auch ohne "Einkochen" herzustellen, [3] ist die Vorschrift kaum noch geeignet, qualitätsbestimmend zu wirken. Vielmehr ist sie zu

---

1) Vgl. dazu Heumann und Sauer, Ernährungswirtschaft 1964, 124 (126) m. Nachw.
2) Heumann und Sauer, Ernährungswirtschaft 1964, 443 (448)
3) Mit diesem Verfahren werden die in den Früchten enthaltenen hitzelabilen Bestandteile, besonders Vitamine weniger stark angegriffen.

einem Hemmschuh für den Fortschritt auf dem Gebiet der Konfitürenherstellung geworden. Leider ist das "Einkochen" in § 2 der VO noch nicht gestrichen worden, das BMGes (früher BMdI) überprüft jedoch die Grundlagen der Vorschrift und hat zu diesem Zweck bereits Ausnahmegenehmigungen zu Testzwecken erteilt, wobei das Einkochen nicht mehr obligatorisch ist. [1] Ähnliche Beispiele sind bei RVOen auf Grund von § 5 Nr. 7 LMG vorstellbar, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse die Unbrauchbarkeit von Untersuchungsverfahren erweisen.

Bei RVOen auf der Grundlage des § 5 LMG ist es also, wie die Beispiele zeigen, möglich, daß sie zum Zeitpunkt ihres Erlasses dem Stand der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung entsprochen haben, später jedoch dahinter zurückbleiben. Damit kann für eine Vorschrift, die zunächst geeignet war, z.B. qualitätsbestimmend zu wirken, später diese Eignung wegfallen. Grundsätzlich muß auch der Änderung der tatsächlichen Grundlagen einer Norm ein Einfluß auf ihren Bestand eingeräumt werden. Normen können nämlich "durch Veränderung der Umstände, insbesondere der Zeitanschauungen so betroffen und damit unwirksam, ja selbst verfassungswidrig werden. Alle Rechtsvorschriften sind niemals statisch, sondern in ständiger dynamischer Entwicklung begriffen. Kaum ist ein Gesetz erlassen, so beginnt schon eine langsame stillschweigende Änderung". [2]

---

1) Z.B. Bekanntmachung des Bundesministeriums des Inneren (Nr. IV B 3-49510-3465 II/61) betr. die Herstellung und Abgabe ungekochter Obstkonfitüre v. 19.7.61, (GMinBl. 1961, 422), und Bekanntmachung des Bundesministeriums für Gesundheitswesen (Nr. II B 6 - 49.510 - 6414 III/65) v. 6.1.66 (GMinBl. 1966, 32).

2) Figge, MDR 1953, 391 (392)
Zumindest für Maßnahmegesetze wird die Anwendung
(Fortsetzung)

Die Unwirksamkeit einer Vorschrift kann in diesem Zusammenhang nur angenommen werden, "wenn die Veränderung der Umstände derart offenkundig und in das Bewußtsein der Allgemeinheit eingedrungen ist, daß die weitere Geltung des Gesetzes von ihr als Unrecht empfunden wird". [1] Neue wissenschaftliche Forschungsergebnisse und möglicherweise darauf beruhende technologische Fortschritte werden wohl in der Regel nicht schlagartig eine Vorschrift wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot nichtig machen. Vielmehr wird es eine mehr oder weniger lange Zeit dauern, bis die geänderten wissenschaftlichen Auffassungen hinreichend gesichert und ihre wirtschaftlichen Auswirkungen übersehbar werden. Der BGH [2] dürfte die Bedeutung der Änderung naturwissenschaftlicher Forschungsergebnisse allerdings zu gering einschätzen, wenn er sie ohne Ausnahme nicht zu den maßgeblichen Umständen zählt, die eine Norm unwirksam machen können. [3]

Fortsetzung:
der Clausula rebus sic stantibus (z.B. bei Zweckerreichung) anerkannt. Maßnahmegesetze können nach Menger, VVDStRL 15, 3 (56 ff), im Normenkontrollverfahren "wegen nachträglicher Verfehlung ihres Widmungszweckes" für ungültig erklärt werden, wenn sich außernormative Verhältnisse geändert haben und eine Norm damit gegen ein "verfassungsrechtliches Zweckwahrnehmungsverbot verstößt, nicht schon dann, wenn sie ohne einen solchen Verstoß lediglich ihren Ursprungszweck nicht erfüllt" (S. 57).

1) BGH LRE 1, 325.
2) LRE 1, 325.
3) Den Einfluß der technischen Entwicklung im Bereich des Lebensmittelverkehrs auf den Bestand einer Norm berücksichtigt das OVG Münster (DVBl. 1956, 138 (139)). Es deutet zumindest an, daß die Festsetzung einer Mindestumsatzmenge für Milch (§ 14 Abs. 5 Nr. 6 MilchG vom 31.7.30 (RGBl. I S. 421) i.d.F.v. 10.12.52 (BGBl. I S. 807)) zur Zeit ihres Erlasses geeignet gewesen sein könnte, qualitätsbestimmend zu wirken, daß aber wegen der geän-
(Fortsetzung)

Wenn auch bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung sich wandelnder tatsächlicher Verhältnisse das "praktische Anwendungsergebnis ... gering" [1] sein mag, so berechtigt diese Einschränkung jedoch nicht dazu, von vornherein jeden Einfluß geänderter naturwissenschaftlicher Forschungsergebnisse auf den Bestand einer Norm abzulehnen. [2]

Eine VerbotsVO auf Grund § 5 Nr. 1 LMG, nach der zur Verhinderung der Schimmelbildung auf Käse für alle Käsesorten ein Sterilisationsverfahren vorgeschrieben würde (soweit das technisch möglich wäre, evtl. über Strahlensterilisation), wäre geeignet, den gewünschten Zweck zu erreichen. Da die Schimmelpilze auf dem Käse jedoch nicht gesundheitsschädlich sind und bei bestimmten Käsesorten vielmehr sogar zur Bildung eines charakteristischen Aromas beitragen, [3] ist ihre Ausschaltung keineswegs überall e r f o r d e r l i c h .

Die Frage der E r f o r d e r l i c h k e i t wird auch bei VerbotsVOen auf Grund § 5 Nr. 4 und 5 LMG gestellt, wenn bereits für den zu regelnden Bereich

---

Fortsetzung:
derten technischen Gegebenheiten diese Eignung weggefallen sei. "Die neuzeitliche Technik hat insbesondere auf dem Gebiet der hygienischen Milchbehandlung so viele Möglichkeiten entwickelt, Milch einwandfrei aufzubewahren ..., daß auch die Ausgabe kleiner Mengen, bzw. ein nur kleiner Handelsumsatz h e u t e nicht mehr zu einer Gefährdung der Milchqualität zu führen braucht."

1) Menger, VVDStRL 15, 3 (57).
2) In diesem Zusammenhang soll nicht übersehen werden, daß der VOGeber im allgemeinen durchaus bemüht ist, seine Normen der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung anzupassen, man denke nur an die Berücksichtigung der Tiefkühltechnik durch die neue VO über Hackfleisch, Schabefleisch und andere Erzeugnisse aus rohem Fleisch (HackfleischVO) vom 16.7.65 (BGBl. I S. 169).
3) Foster u. Mitarb., Dairy Microbiology, S. 38 ff (40), vgl. auch S. 348, 386, 390, 402, 405.

Vereinbarungen der Hersteller [1] oder Leitsätze des Lebensmittelbuchs [2] bestehen. RVOen auf Grund § 5 Nr. 4 und 5 LMG sind zweifellos geeignet, den Verbraucher vor Übervorteilungen bzw. Täuschungen zu schützen. Sie sind jedoch möglicherweise als unzulässig wegen fehlender Erforderlichkeit anzusehen, wenn vorhandene selbstregulatorische Regelungen der Hersteller oder aller beteiligten Kreise, womöglich unter hoheitlicher Mitwirkung, eine verfassungsrechtliche Sperrwirkung für RVOen entwickeln.

So wie die Selbstverwaltung der Wirtschaft in selbständigen Organisationen der Wirtschaft (Kammern) anerkannt ist [3], so sind auch die Verbände "aus der Wirtschaftsverwaltung der Bundesrepublik nicht wegzudenken. Zwischen Wirtschaft und Verwaltung bilden sie ein corps intermédiaire". [4] Dementsprechend sind besonders im Bereich der Ernährungswirtschaft bestimmten körperschaftlich organisierten Verbänden der Beteiligten einzelner Wirtschaftszweige Mitwirkungsrechte im Bereich der Wirtschaftsverwaltung eingeräumt worden: so in § 7 ZuckerG v. 5.1.51 (BGBl. I S. 47); §§ 19, 20 des Gesetzes über den Verkehr mit Vieh und Fleisch v. 25.4.51 (BGBl. I S. 272); § 7 FischG v. 31.8.55 (BGBl. I S. 567); § 14 Milch- u. FettG i.d.F.v. 10.12.52 (BGBl. I S. 811) usw. Die Verbände sollen "zur Vorbereitung und

---

1) Zusammenstellung der wichtigsten Vereinbarungen bei Klein-Rabe-Weiss, Erl. 5 c zu § 4 LMG.
2) Die ersten Leitsätze sind bereits im BAnz. veröffentlicht, abgdr. bei Frank-Nüse, Deutsches Lebensmittelbuch.
3) Rinck, WirtschR., S. 295 ff.
4) Rinck, WirtschR., S. 303; vgl. auch Schmücker, FAZ Nr. 224 v. 27.9.66, S. 15; v.d.Trenck, Handelsbl. Nr. 105 v. 3./4.6.66, S. 21, und insbesondere zur verfassungsrechtlichen Stellung der Verbände Wittkämper, Grundgesetz und Interessenverbände; Hamann, WVfR, S. 59 ff.

technischen Durchführung" von Marktordnungsmaßnahmen "herangezogen werden". [1]

Darüberhinaus ist ein wesentliches Tätigkeitsfeld von Verbänden in der Lebensmittelwirtschaft die Ausarbeitung und Bekanntgabe von Richtlinien (Qualitätsvorschriften und Begriffsbestimmungen) für ihre Mitglieder. Diese selbstregulatorischen Vorschriften haben den Zweck, den Mitgliedern Maßstäbe zu geben, wie sie ihre wirtschaftliche Betätigung einzurichten haben, um nicht den Mißbrauchstatbestand des § 4 LMG zu erfüllen. Die Regelungen erfahren nicht selten eine "Billigung von amtlicher Seite". [2] Die Herstellerrichtlinien binden die Mitglieder der Verbände und haben auf weiten Gebieten der Lebensmittelherstellung Gesundheitsschädigungen und Verbrauchertäuschungen entgegengewirkt. [3]

Selbstregulatorische Vorschriften der Herstellerverbände werden im allgemeinen von den Mitgliedern der Verbände befolgt, zumal die Verbände nicht selten die Einhaltung überwachen. Die Vorschriften erweisen sich also bis zu einem gewissen Grade als "allgemeinverbindlich", allerdings nicht vergleichbar mit der tarifrechtlichen Allgemeinverbindlichkeit. [4] Der Bruch

---

1) Vgl. § 14 Abs. 1 Milch- u. FettG.
2) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 164 zu § 4 LMG mit Nachw.
3) Vgl. zur Bedeutung der Herstellerrichtlinien Gaedertz, Alkoholindustrie, 1958, 585; Zipfel, Feinkostwirtsch. 1965, 340; auch über den deutschen Raum hinaus bestehen Bestrebungen, Richtlinien z.B. für den EWG-Raum zu erarbeiten (Europäische Speiseeisindustrie will Richtlinien, Handelsbl. Nr. 100 v. 26.5.66, S. 6).
4) Gaedertz, Alkoholindustrie 1958, 585 (586) Die Herstellervereinbarungen haben sich im allgemeinen als wirksam erwiesen und sind auch von der Rspr. bei der Feststellung der Verbrauchererwartung

(Fortsetzung)

von Verbandsnormen kann u.U. für Verbandsmitglieder stärkere Folgen auslösen als der Bruch staatlicher Normen, aber "selbst wenn es sich immer und überall so verhielte, würde dennoch selbst ein ideales Maß von gesellschaftlicher Selbstzucht nicht ausreichen, um alle Bedürfnisse nach Rechtsverwirklichung und Rechtsdurchsetzung zu befriedigen". [1] Auch den "beliehenen Verbänden" [2] in der Ernährungswirtschaft ist schließlich nur eine auf die "Vorbereitung und technische Durchführung" von Marktordnungsmaßnahmen [3] beschränkte Mitwirkung in der Wirtschaftsverwaltung eingeräumt worden, d.h. ihre Tätigkeit stellt keinen Ersatz staatlicher Normsetzung dar. Die Verbände haben lediglich einen gesetzlich festgelegten, begrenzten Einfluß auf die Normsetzung. [4] Daher können Herstellervereinbarungen, selbst wenn sie sich noch so bewähren, nicht die Wirkung haben, daß RVOen, die dieselben Gegenstände regeln, als nicht erforderlich anzusehen wären. [5]

Fortsetzung:
herangezogen worden (s.S.45). Ein Beispiel für eine gutfunktionierende Bindung einer Art Herstellervereinbarung außerhalb der Lebensmittelwirtschaft stellt die Freiwillige Selbstkontrolle (FSK) der Filmwirtschaft dar (Krüger, Allg. StaatsL., S. 521).

1) Krüger, Allg. StaatsL., S. 512; vgl. auch Lerche, Übermaß, S. 198, der die "innere Grenze" aufzeigt, die im Hinblick auf die Ein- bzw. Vorschaltung der Verbände "einem allzu weit vorgetriebenen Erforderlichkeitsprinzip gezogen ist".
2) Huber, WVwR I, S. 266 ff.
3) § 14 Abs. 1 Milch- u. FettG.
4) Das gilt für "beliehene" (z.B. §§ 12 Abs. 2 Satz 1, § 22 Abs. 1 Milch- u. FettG) wie nicht beliehene Verbände (§ 5d LMG), allerdings in unterschiedlicher Intensität.
5) Es ist jedoch eine Frage der Zweckmäßigkeit für den Gesetz- und VOGeber, nur dort Normen zu setzen, wo eine allgemeine "Mißbrauchstendenz" zu erkennen ist. Der VOGeber sollte Vertrauen zu den selbstregulatorischen Maßnahmen der redlichen Wirtschaft haben (vgl. Gabel, Ernährungswirtschaft 1954/55, 44 (45)).

Das Gleiche gilt für die Leitsätze des Lebensmittelbuchs, [1] obschon hier nach bewährtem österreichischem Vorbild eine gem. Art. 7 ÄndErgGLMG beim BMGes gebildete Kommission, der Vertreter der Wissenschaft, der amtlichen Lebensmittelkontrolle, der Verbraucher und der Wirtschaft angehören, Leitsätze über die Beschaffenheit von Lebensmitteln festlegt. Trotzdem haben diese Leitsätze "nicht die verbindliche Kraft einer Rechtsnorm", wenn auch erwartet werden darf, daß sie "von allen am Lebensmittelverkehr Beteiligten und von der Rechtssprechung als Ausdruck des redlichen Handelsbrauchs und der gerechtfertigten Verbrauchererwartung beachtet werden. Dem Gesetzgeber steht es nach wie vor frei, auch Gegenstände, die im Lebensmittelbuch behandelt sind, durch Rechtsnorm zu regeln, falls sich" seiner Auffassung nach "eine Notwendigkeit dafür ergibt." [2]

Berufsfreiheitsregelnde Vorschriften, die wohl geeignet und erforderlich sind, einen bestimmten gesundheitsschützenden Zweck zu erreichen, können u.U. jedoch den Hersteller und sogar die Allgemeinheit u n v e r h ä l t n i s m ä ß i g belasten. Damit würde der Schutzzweck in sein Gegenteil verkehrt werden mit der Folge, daß eine derartige RVO nicht mehr

---

1) Zur Bedeutung des Lebensmittelbuchs vgl. Frenzel, Ernährungswirtschaft 1956, 106 (107); Hensen, Ernährungswirtschaft 1954/55, 84 (85); Kraak, Ernährungswirtschaft 1956, 99 (101); Koch, Volkswirt 1958, 310 (312); Zipfel, BB 1959, 19 (21); im übrigen wird auch an überregionalen Lebensmittelbüchern gearbeitet, vgl. dazu Frenzel, Ernährungswirtschaft 1957, 129; Forschbach, Ernährungswirtschaft 1960, 447 (448); Kraak, Ernährungswirtschaft 1961, 422 (426).

2) Amtl. Bgrdg zu Art. 7 ÄndErgGLMG, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 15.

als zulässige Regelung der Berufsfreiheit angesehen werden könnte. [1] Eine RVO auf Grund § 5 Nr. 1 LMG, die eine generelle Sterilisation von Lebensmitteln vorschriebe, um auf diese Weise alle pathogenen Mikroorganismen und Parasiten abzutöten, würde geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen. Auch bestünde im Gegensatz zum Beispiel des nicht pathogenen Käseschimmels [2] eine Erforderlichkeit für derartige Maßnahmen, um die Keime und Parasiten abzutöten. Andererseits wäre jedoch, abgesehen von technologischen Schwierigkeiten, der Aufwand für eine generelle Lebensmittelsterilisierung so groß, daß die Lebensmittel unverhältnismäßig verteuert würden, was in keinem Verhältnis zu dem angestrebten Erfolg stünde. Außerdem würden auf diese Weise keine frischen Lebensmittel mehr auf den Markt kommen, und die durch Sterilisation zerstörten Vitamine und anderen hitzeempfindlichen Lebensmittelbestandteile müßten anderweitig ergänzt werden. Die geltenden Regeln der Lebensmittelüberwachung gewährleisten es zwar nicht, alle pathogenen Mikroorganismen und Parasiten zu erfassen, sie haben sich aber im wesentlichen als ausreichend erwiesen, um den Gesundheitsschutz der Verbraucher zu garantieren.

Die Beispiele zeigen, daß RVOen auf Grund der §§ 4d und 5 LMG den Hersteller durchaus so übermäßig in seiner Berufsfreiheit belasten können, daß sie von der Regelungsbefugnis innerhalb des Art. 12 GG nicht mehr getragen sind. Gleichzeitig lassen die Beispiele aber auch erkennen, daß nur in Extremfällen Verstöße gegen das Übermaßverbot mit der Folge des Verstoßes gegen Art. 12 GG vorkommen werden. Dabei ist auch deutlich geworden, daß die Beurteilung wissenschaftlicher

---

1) BVerfGE 7, 377 (406).
2) s.S. 55

und technischer Grundlagen der Normsetzung für die Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit von Normen von Bedeutung sind. Die s i n n v o l l e A u s w e r t u n g naturwissenschaftlicher Forschungsergebnisse und praktischer technischer Erfahrungen ist daher eine der Grundvoraussetzungen für die Normsetzung im Lebensmittelbereich. Folglich ist nach den Grundsätzen des Übermaßverbots vom Gesetz- und VOGeber die Sammlung eines geeigneten Tatsachenmaterials zu fordern. Maßgebend ist, ob sich der Gesetz- und VOGeber "um Verschaffung eines ausreichenden Tatsachenmaterials bemüht hat (z.B. statistische Erhebungen bei Grundrechtseinschränkungen zu Zwecken der Volksgesundheit) und ob dieses Material überhaupt ein hinreichend richtiges Bild vermitteln kann". [1] Diese Frage muß der"richterlichen Kontrolle" unterliegen. "Anderes gilt aber für die Bewertung dieses auf Grund der Materialdurchsicht gewonnenen Bildes", [2] die nicht mehr gerichtlich nachprüfbar ist.

Zur Gewährleistung einer geeigneten Materialsammlung sieht § 5 d LMG vor Erlaß von Verbots- und Erlaubnis-VOen die Anhörung von Sachkennern der Wissenschaft, Verbraucherschaft und Wirtschaft vor. [3] § 5 d LMG ist nur eine Sollvorschrift, denn es darf nicht übersehen werden, daß die zur VOGebung ermächtigten Bundesministerien selbst über Sachkenner verfügen, die

---

1) Lerche, Übermaß, S. 344.
2) Lerche, Übermaß, S. 344, der im übrigen darauf hinweist, daß die Frage der Tatsachensammlung gerade "für die Grenzzonen des gesetzlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt aktuell werden" dürfte.
3) Vgl. Fachmann, Verbraucherdienst 1958, Nr. 6, S. 3 (6); Kraak, Ernährungswirtschaft 1960, 162 (163).

bereits eine umfassende Materialsammlung durchführen können. [1] Daher wird in der Regel auch dann nicht gegen den Grundsatz des Übermaßverbots verstoßen, wenn die Anhörung nach § 5 d LMG unterblieben ist. [2]

Ergibt es sich jedoch in besonderen Fällen, daß nur bestimmte Sachkenner, über die die zuständigen Ministerien offensichtlich nicht verfügen, die tatsächlichen Voraussetzungen einer bestimmten RVO erarbeiten können, dann kann sich der Ermessensspielraum des § 5 d LMG soweit verdichten, daß eine Anhörungspflicht entsteht. In solchen Fällen ist § 5 d LMG dann u.U. verfassungskonform als zwingende Vorschrift auszulegen. [3]

---

1) Ein kompetenter "Sachkenner", der dem VOGeber zur Verfügung steht, ist die "Deutsche Forschungsgemeinschaft", die nach ihrer Satzung für die Beratung der Regierung in allen Fragen verantwortlich ist, in denen wissenschaftliche Erkenntnisse für die Normsetzung notwendig sind. In den Fachkommissionen der Deutschen Forschungsgemeinschaft sind Fachleute aus den betreffenden Gebieten vertreten (Hieronimi, Vorbem. 8 vor §§ 4 a - 4 e LMG).

2) Anders verhält es sich, wenn die Anhörung von Sachverständigen im Gesetz zwingend vorgeschrieben ist, vgl. BVerfG MDR 1960, 23 (die Verfassungswidrigkeit folgt dann aber aus einem Verstoß gegen Art. 80 GG).

3) Eine zwingende Anhörungsvorschrift ist dem deutschen Lebensmittelrecht nicht fremd. Nach § 6 LMG i.d.F.v. 5.7.27 (RGBl. I, S. 134) war der Reichsgesundheitsrat, verstärkt durch Sachverständige aus den Kreisen der Erzeuger, der Hersteller, der Verbraucher und der Fachwissenschaft zu hören. Diese zwingende Vorschrift wurde allerdings durch ÄndG vom 11.12.35 (BGBl. I, S. 1430) aufgehoben, da sie sich (laut amtl. Bgrdg., abgedr. bei Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Erl. zu § 5 d LMG) "in der damaligen Fassung nicht bewährt hatte; der Reichsgesundheitsrat war bei seiner Größe in seiner Arbeitsweise zu schwerfällig und umfaßte andererseits doch nicht die genügende Zahl fachkundiger Mitglieder". Diese Begründung spricht zwar für eine Änderung des Anhörungsmodus, nicht aber unbedingt für die Einführung einer Ermessensvorschrift.

Falls also RVOen gegen den Grundsatz des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots verstoßen, d.h. "nicht durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" [1] gerechtfertigt sind, verstoßen sie damit auch gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Derartige verfassungswidrige RVOen kann jedes Gericht als nichtig ansehen und braucht sie wegen Unvereinbarkeit mit Art. 12 GG nicht anzuwenden. Falls Gerichte eine verfassungswidrige RVO als gültig ansehen und anwenden, bleibt dem Hersteller noch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde nach § 90 Abs. 1 BVerfGG. [2] Während verfassungswidrige Gesetze im formellen Sinne im Wege der Normenkontrolle nach Art. 100 GG mit bindender Wirkung für alle Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden (§ 31 BVerfGG) für nichtig erklärt werden können, besteht bei RVOen, über deren Verfassungswidrigkeit jedes Gericht selbst zu entscheiden hat, die Gefahr der Rechtsunsicherheit, wenn ein Gericht einen Verstoß gegen Art. 12 GG annimmt und ein anderes nicht. Das ist zwar bedauerlich, wird aber zugleich dem VOGeber Anlaß sein, zweifelhafte RVOen zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern. Im übrigen hat gerade das Beispiel der neuen HackfleischVO gezeigt, daß der VOGeber bemüht ist, seine Normsetzung an veränderte wissenschaftliche Erkenntnisse und technische Entwicklungen (in diesem Fall durch Berücksichtigung der Tiefkühltechnik) anzupassen.

Zunächst als reine Ausübungsregelungen erscheinende Vorschriften können sich bei genauerer Prüfung als

---

1) BVerfGE 7, 377 (406).
2) Pfeiffer, Verfassungsbeschwerde, S. 2 ff; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 103ff.

derart bindend für den Hersteller erweisen, daß sie als Regelungen der z w e i t e n S t u f e [1] anzusehen sind. So enthält die auf Grund des § 5 Nr. 1 und 5 LMG erlassene HackfleischVO vom 16.7.65 (BGBl. I S. 619) nicht nur Herstellungsvorschriften und Begriffsbestimmungen, sondern bestimmte personelle und technische Voraussetzungen für Betriebe, die Hackfleisch abgeben dürfen. Das BayObLG [2] hat in einer grundlegenden Entscheidung zur verfassungsrechtlichen Gültigkeit der alten HackfleischVO vom 24.7.36 (RGBl. I S. 570), die zumindest in ihren Grundzügen auch für die neue Rechtslage gilt, die frühere Regelung mit folgender Begründung als mit Art. 12 GG vereinbar angesehen: "Es ist offensichtlich, daß hierdurch in aller Regel ein wohl mengenmäßig als auch ertragsmäßig geringer Teil des Gesamtumsatzes einer Metzgerei wie auch eines Lebensmittelgeschäfts mit Fleisch- und Wurstwarenabteilung erfaßt wird. Andererseits sprechen beachtliche Erwägungen des Gemeinwohls für die getroffene Regelung. Wegen seiner Beschaffenheit ist Hackfleisch in besonderem Maße bakterienanfällig, wodurch der menschlichen Gesundheit Gefahren drohen .... Das sich hieraus ergebende Anliegen, die Verbraucher vor gesundheitlichen Schäden zu schützen, rechtfertigt den Eingriff in das Recht auf freie Berufsausübung (BVerwG in LRE 2, 332, 333), zumal der Eingriff ... nur geringfügiger Natur ist, und die Ausübungsregelung in ihrer Auswirkung auch nicht in die Nähe einer Zulassungsvoraussetzung kommt. Es wäre lebensfremd anzunehmen, daß sich jemand wegen der fehlenden Möglichkeit Hackfleisch zu verkaufen, vom Handel mit Fleisch- und Wurstwaren abhalten ließe."

---

1) s.S.16
2) BayObLG Dt. Lebensm.-Rdsch. 1964, 389 (390).

Allerdings ist diese Auffassung für die Neuregelung der HackfleischVO wohl insoweit einzuschränken, als durch Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs auch auf Halbfertigfabrikate ein "mengenmäßig als auch ertragsmäßig" nicht mehr so "geringer Teil des Gesamtumsatzes ... erfaßt" wird. Das gilt besonders für Betriebe, die weitgehend auf den Vertrieb von roher Bratwurst spezialisiert sind. Daß hier erhebliche betriebliche Umstellungen notwendig waren, zeigt z.B. die Verärgerung der Nürnberger Gastwirte, die sich gezwungen sahen, rohe Bratwurst, gewissermaßen eine Nürnberger Nationalspeise, wegen § 3 HackfleischVO "von der Sonntagskarte zu streichen", da die meisten Metzger an Samstagen keine frische Bratwurst mehr herstellten und lieferten. [1] Noch stärker berührt die Neuordnung die Inhaber von Bratwurstständen, sofern sie nicht selbst eine Metzgerei betreiben. Während die Metzger nach § 3 HackfleischVO ihre Filialen beliefern können, dürfen sie an Bratwurststände keine rohe Bratwurst mehr liefern. Damit kann für den Metzger ein erheblicher Teil seines Umsatzes und für den Bratwurststandbesitzer der wesentliche Teil seiner Betätigung unmöglich geworden sein. Es dürften also insoweit Zweifel bestehen, ob die Auffassung des BayObLG noch unbesehen übernommen werden kann.

Allerdings ist den Gastwirten ein Ausweichen auf tiefgefrorene oder gebrühte Bratwurst möglich, [2] während den Standbesitzern mangels ausreichender Kühlmöglichkeiten wohl nur ein Übergehen auf gebrühte Bratwürste übrigbleiben wird. Zumindest für die Bratwurststandbesitzer dürfte die Grenze von der ersten zur

---

1) Sonntags keine Bratwurst mehr? FAZ Nr. 74 v. 29.3.66, S. 7

2) Das erübrigt sich dort, wo die Metzger jetzt auch samstags frische Bratwurst herstellen und liefern.

zweiten Stufe der Regelung der Berufsfreiheit wenigstens nahezu erreicht, wenn nicht überschritten sein. Frischfleischerzeugnisse sind jedoch so anfällig für mikrobiellen Verderb, daß aus gesundheitlichen Gründen [1] eine Regelung der Berufsfreiheit in dieser Richtung möglich sein, d.h. als durch "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" [2] als gerechtfertigt angesehen werden muß, gleichgültig, ob es sich um eine Regelung der ersten oder zweiten Stufe handelt.

Eindeutige Regelungen der zweiten Stufe sind die den Konzessionszwang für bestimmte Bereiche der Lebensmittelwirtschaft enthaltenden RVOen auf Grund von § 5 Nr. 2 LMG [3]. "Herstellung und Vertrieb bestimmter Arten von Lebensmitteln erfordern ein erhöhtes Maß an Sachkenntnis, Erfahrung und Zuverlässigkeit oder besondere technische Einrichtungen", [4] um den Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schädigungen und vor Übervorteilungen zu gewährleisten. Blutplasma, Frauenmilch usw. können bei unsachgemäßer Behandlung sehr leicht zu einem idealen Nährboden für Mikroorganismen werden und auf diese Weise gesundheitliche Schäden hervorrufen, während bei Tee und teeähnlichen Erzeugnissen sowie Ersatzgewürzen die Gefahr der Verbrauchertäuschung besonders groß ist. Daher sind subjektive Zulassungsvoraussetzungen wie sie in der BlutplasmaVO vom 14.9.39 (RGBl. I, S. 1774), der VO über Frauenmilchsammelstellen vom 15.10.41 (RGBl. I S. 642), der VO über Tee und teeähnliche Erzeugnisse vom 12.12.42 (RGBl. I S. 707), der VO über Ersatzgewürze vom 4.5.42 (RGBl. I S. 278), der VO über

---

1) BGHSt 17, 272.

2) BVerfGE 7, 377 (406).

3) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 16 ff zu § 5 LMG.

4) Amtl. Bgrdg., abgedr. bei Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 16 zu § 5 LMG.

Enteneier i.d.F.v. 17.12.56 (BGBl. I, S. 944), der SalmonellenVO vom 17.12.56 (BGBl. I, S. 944) u.a. RVOen normiert wurden, mit Art. 12 GG vereinbar.

Aber auch subjektive Zulassungsvoraussetzungen können nicht unbegrenzt mit den Schutzinteressen des Verbrauchers (§§ 3, 4 LMG) gerechtfertigt werden. So dürfen z.B. an die Befähigungsnachweise keine Anforderungen gestellt werden, die nicht mehr durch "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" [1] getragen werden. Das wäre wohl der Fall, wenn durch RVO für technische Leiter von Lebensmittelbetrieben ab einer bestimmten Größe die abgeschlossene Fachausbildung an einer wissenschaftlichen Hochschule vorausgesetzt würde. [2]

Auf Grund der Ermächtigung des § 5 LMG sind keine RVOen erlassen worden, die objektive Zulassungsbeschränkungen enthalten. Selbst ein so überragendes Gemeinschaftsgut wie der Gesundheitsschutz der Verbraucher trägt nicht ohne weiteres Berufsfreiheitsregelungen der d r i t t e n S t u f e . So würde eine Festsetzung von Mindestabsatzmengen für bestimmte Lebensmittelbetriebe ebenso wie die Festsetzung von Mindestabsatzmengen für Milchabgabebetriebe als verfassungswidrig anzusehen sein. [3] Bestimmte Lebensmittel wie Milch, Hack- und Schabefleisch usw. sind ihrer Zusammensetzung nach "in hohem Maße empfindlich und anfällig gegen Verderb und Verfälschung". Außerdem können sie "Träger gefährlicher infektiöser Krankheitsstoffe sein. Der Genuß einwandfreier Milch" und ähnlich empfindlicher Nahrungsmittel "dient somit unmittelbar der

1) BVerfGE 7, 377 (405/406).
2) So zweckmäßig es auch ist, wenn in größeren Betrieben Nahrungsmittelwissenschaftler die technische Leitung haben (in der Industrie durchaus üblich).
3) BVerfGE 9, 39.

Pflege und Erhaltung der Volksgesundheit, deren Schutz ein unabdingbarer Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung ist. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit ausreichender staatlicher Vorkehrungen, die eine einwandfreie ... Qualität" derartiger Lebensmittel "gewährleisten". [1] Entsprechende "staatliche Vorkehrungen" sind aber nur solange mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbar, als sie den Hersteller und Händler nicht übermäßig belasten und daher unzumutbar sind. [2]

Eine RVO, die Mindestumsatzmengen vorschreiben würde mit dem Ziel, die "Unterschreitung des Existenzminimums" für Betriebe, die derart empfindliche Lebensmittel herstellen oder vertreiben, zu verhindern und dadurch "die aus gesundheitlichen Rücksichten erforderlichen Einrichtungen, Geräte und Pflegemaßnahmen tragbar zu machen und die Geschäftsmoral ... nicht absinken zu lassen", [3] wird nicht geeignet sein, den Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsschädigungen oder Übervorteilung bzw. Täuschung im Lebensmittelverkehr auszuschalten. [4] Die Entwicklung der Technik der Lebensmittelherstellung, -aufbewahrung und -verteilung ermöglicht eine wirtschaftlich tragbare hygienische Lebensmittelbehandlung auch für Kleinbe-

---

1) OVG Münster, DVBl. 1952, 572.
2) BVerfGE 7, 377 (406).
3) OVG Lüneburg, DVBl. 1953, 441 (445). Mit dieser Begründung war zunächst § 14 Abs. 5 Nr. 6 des MilchG v. 31.7.30 (RGBl. I, S. 421) i.d.F.v. 20.12.52 (BGBl. I, S. 807) von der Rspr. mit Art. 12 GG als vereinbar angesehen worden, so OVG Münster, DVBl. 1952, 572; DÖV 1953, 218; NJW 1954, 854; OVG Koblenz, DÖV 1954, 279 u.a.
4) LVG Minden, DVBl. 1951, 637 (638): "Die Forderung einer Mindestumsatzmenge an Milch ist ... kein geeignetes Mittel, um Gefahren abzuwehren, die der Volksgesundheit drohen .... Auch aus verarbeitungs- und vertriebstechnischen Gründen kann eine Mindestumsatzmenge keinen Einfluß auf die Milchqualität haben."

triebe, so daß "die Ausgabe kleiner Mengen bzw. ein nur kleiner Handelsumsatz heute nicht mehr zu einer Gefährdung der ... Qualität" empfindlicher Lebensmittel "zu führen braucht". [1] Schließlich führen die Milchhändler heute neben Trinkmilch ein reichhaltiges Warensortiment, daher macht der Milchumsatz nur einen Teil ihrer Existenzgrundlage aus. Das gleiche gilt für Metzgereien und Lebensmittelgeschäfte mit Frischfleischabteilungen, wo empfindliche Waren wie Hack- und Schabefleisch, rohe Bratwurst usw. im allgemeinen (von Spezialbetrieben abgesehen) einen "sowohl mengenmäßig als auch ertragsmäßig geringen Teil des Gesamtumsatzes" [2] darstellen. Außerdem bietet die Wirtschaftlichkeit eines Lebensmittelbetriebes noch keine Garantie dafür, daß die Behandlung der Lebensmittel unter Beachtung hygienischer Grundsätze erfolgt. [3]

Aber selbst wenn man trotzdem die Festsetzung von Mindestumsatzmengen u.U. als geeignet ansehen wollte, eine gesundheitlich unbedenkliche Qualität von empfindlichen Lebensmitteln zu sichern, würde eine entsprechende RVO nicht erforderlich oder zumindest unverhältnismäßig sein. Die gesundheitlichen Gefahren sind nicht so groß, als daß nicht weniger einschneidende

---

1) OVG Münster DVBl. 1956, 138 (139).
2) BayObLG Dt. Lebensm.-Rdsch. 1964, 389 (390).
3) So OVG Münster DVBl. 1956, 138 (140), das im Anschluß an die Rspr. des BVerfG zur Bedürfnisprüfung im Gaststättenrecht (DVBl. 1954, 258; NJW 1955, 763) seine frühere Rspr. aufgab und die Festsetzung von Mindestmilchmengen wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit als verfassungswidrig ansah, vgl. auch OVG Saarland AS 6, 415 und BVerfGE 9, 39. Das BVerfG erachtet die wirtschaftliche Grundlage eines Milchgeschäftes als nicht entscheidend für die hygienische Behandlung der Milch. "Diese kann zwar von der Rentabilität des Geschäftes beeinflußt werden, sie wird aber nicht gerade durch die Rentabilität bestimmt, geschweige denn garantiert" (BVerfGE 9, 39 (62)).

Maßnahmen den Gesundheitsschutz des Verbrauchers sichern könnten. [1] Je stärker der Hersteller in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit betroffen wird, desto notwendiger muß eine Berufsregelung im Interesse wichtiger Gemeinschaftsgüter wie des Schutzes der Verbraucher vor gesundheitlichen Schäden und vor Übervorteilung sein. [2] Daher sind RVOen auf Grund des Verbotsvorbehalts des § 5 LMG, die objektive Zulassungsregelungen - wie Festsetzungen von Mindestumsatzmengen - (als Berufsregelungen der dritten Stufe) enthalten, als übermäßig, d.h. mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit als nicht vereinbar anzusehen.

Auf Grund der Ermächtigung des § 5 Nr. 7 LMG können RVOen über das Verfahren bei der Durchführung von Untersuchungen erlassen werden. Soweit z.B. freiberuflich tätige Tierärzte neben der Schlachttier- und Fleischuntersuchung auch in die weitere Lebensmittelüberwachung mit eingeschaltet sind, könnte eine Änderung von Verfahrensvorschriften [3] den nicht hauptberuflich im öffentlichen Dienst tätigen Tierarzt durchaus belasten und ihm das Betätigungsfeld verkleinern.

---

1) BVerfGE 9, 39 (52): "Es bedarf keiner Begründung, daß die Gesundheit der Milchverbraucher, besonders der Kinder und Kranken, ein Gut ist, dessen Schutz auch Eingriffe in die Berufswahl rechtfertigen kann. Das BVerfG ist jedoch zu dem Ergebnis gekommen, daß die gesundheitlichen Gefahren weder nach dem Grade ihrer Wahrscheinlichkeit noch nach dem ihrer Schwere so ernst sind, daß sie die Festsetzung einer Mindestmilchmenge rechtfertigen."

2) Vgl. BVerfGE 11, 30 (43); 16, 147 (167); 17, 232 (242).

3) Z.B. die Vorschrift, daß der Großteil der Untersuchungen nur noch mit komplizierten Analysengeräten durchgeführt werden dürfte, wie sie praktisch nur in staatlichen Untersuchungsanstalten zur Verfügung stehen.

Berufliche Tätigkeiten, die der des Beamten stark angenähert sind, [1] können jedoch durch eine Regelung der v i e r t e n S t u f e sehr weitgehend die Berufsfreiheit einengen. [2] Ein Verstoß gegen Art. 12 GG durch RVOen zur Regelung von Untersuchungsverfahren (unter dem Gesichtspunkt einer Berufsfreiheitsregelung der vierten Stufe) ist praktisch ausgeschlossen.

b) Eigentumsfreiheit

Durch RVOen auf der Grundlage des Verbotsvorbehalts der §§ 4 d und 5 LMG kann auch die Eigentumsfreiheit der Hersteller berührt werden. So haben z.B. die Besitzer von Bratwurstständen nach § 3 HackfleischVO keine Möglichkeit mehr, rohe Bratwurst abzugeben, wenn sie nicht selbst eine Metzgerei betreiben. Damit wird ihr Gewerbebetrieb, der zu den durch Art. 14 GG geschützten Rechten gehört, [3] beeinträchtigt. Huber [4] sieht eine "Enteignung", zumindest in Form einer "Teilenteignung" schon dann als gegeben an, "wenn ein normsetzender oder normdurchsetzender Hoheitsakt private Vermögensrechte zwar in der Hand des bisherigen Berechtigten beläßt, sie aber in ihrem substantiellen Gehalt vermindert oder in so erheblichem Ausmaß durch Nutzungs-, Verwendungs- oder Verfügungsverbote beschränkt, daß dem Inhaber nur noch das nominelle Recht ("nudum ius") verbleibt". [5]

Zu dem vom Eigentumsschutz umfaßten Betrieb kann nicht

---

1) Zur Rechtsstellung des Fleischbeschauers bzw. Fleischbeschautierarztes vgl. Baur, BayVBl. 1966, 86, m. Nachw.
2) Vgl. BVerfGE 16, 6 (21 ff) (Notarurteil), s. auch S. 17
3) Strickrodt, NJW 1956, 809 (810), m. Nachw.
4) WVwR II, S. 25.
5) S. auch S. 18 ff

die Chance gerechnet werden, unbegrenzt rohe Bratwurst verkaufen zu können. [1] Ebenso kann die Verwendungsbeschränkung für die Einrichtung des Bratwurststandes nicht als Beschränkung auf ein "nur noch nominelles Recht" angesehen werden, da die Einrichtung an sich nicht wertlos wird. Zwar dürfte sich die Umstellung auf gebrühte Bratwurst nachteilig auswirken, aber derartige Nachteile muß sich der Bratwurststandbesitzer als Ausdruck der Sozialbindung seines Eigentums gefallen lassen. Das gilt in besonderem Maße für "störungsträchtiges" Eigentum. Lebensmittel aus rohem Fleisch sind so empfindlich gegen mikrobiellen Befall, daß der Gesundheitsschutz der Verbraucher besondere Vorsichtsmaßregeln rechtfertigt. Schließlich ist gerade unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes anerkannt, "daß Vorschriften, welche dem Eigentümer gebieten, seine Sachen in polizeimäßigem Zustand zu erhalten und ihren Gebrauch so einzurichten, daß Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vermieden werden, keine Enteignung darstellen, sondern lediglich Inhalt und Grenzen des Eigentums bestimmen ..." [2]

Eine RVO auf Grund von § 4 d LMG, die z.B. das Frittieren [3] verbieten würde, hätte zur Folge, daß Frittiergeräte praktisch nicht mehr verwendet werden könnten. [4] Seit es lebensmittelrechtliche Vorschrif-

---

1) Vgl. RGZ 139, 177 (186 ff); BGH DVBl. 1964, 316; BGHZ 25, 266.

2) BVerwGE LRE 3, 7 (9).
Da dem Besitzer eines Bratwurststandes immerhin ein Ausweichen auf gebrühte Bratwurst möglich ist, kann schon aus diesem Grunde die Frage dahingestellt bleiben, ob "rechtmäßige polizeiliche Eingriffe" enteignender Natur sein können (vgl. Lerche, Übermaß, S. 118 ff).

3) "Braten" von Lebensmitteln in siedendem Fett, das nicht nach jedem Arbeitsgang gewechselt wird.

4) Eine Verwendung dieser Geräte für andere Zwecke ist zumindest unrentabler als die Umstellung einer Wurstbraterei von rohen auf gebrühte Bratwürste.

ten gibt, ist die Anwendung von Herstellungsverfahren immer bestimmten Beschränkungen unterworfen gewesen. Das gilt in besonderem Maße für nicht konventionelle Verfahren, zu denen auch das Frittieren zu zählen ist. Im übrigen weist gerade die Ermächtigung des § 4 d LMG darauf hin, daß durch RVOen Einschränkungen auf dem Gebiet der Behandlungsverfahren möglich sind. [1]

Wenn Hersteller oder Käufer von Frittiergeräten bei ihren "geschäftlichen Schritten von einem Fortbestand der" vor der Einführung eines Frittierverbotes bestehenden "Regelung ausgingen, so war das ein Wagnis, das sie - bei einer richtig wertenden Betrachtungsweise - ... im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung eingingen". [2] Hersteller und Käufer der Geräte mußten also einkalkulieren, daß bei Konkretisierung der gesundheitlichen Bedenken gegen das Frittieren dieses Behandlungsverfahren verboten würde. Derart "störungsträchtiges" Eigentum kann sich gegenüber gesundheitsschützenden Vorschriften nicht zu einer enteignungsfähigen Rechtsposition entwickeln, daher ist eine RVO, die die Benutzung von Frittiergeräten verbietet, lediglich als eigentumsbindende Vorschrift anzusehen. [3] Mit der gleichen Begründung sind in der Re-

---

1) In der amtlichen Bgrdg. wird sogar ausdrücklich auf "gewisse technische Fetterhitzungsverfahren" hingewiesen (Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 10 zu dem inhaltsgleichen § 4 c Abs. 2 des Regierungsentwurfs).

2) BGH DVBl. 1964, 316 unter Berufung auf RGZ 139, 177 (186/187).

3) Vgl. BVerwGE LRE 3, 7 (9); auch in diesem Zusammenhang kann die Frage, ob Eingriffe gegen Störer enteignender Natur sein können (vgl. Lerche, Übermaß, S. 118 ff) dahingestellt bleiben, da in einem von vornherein als "störungsträchtig" anzusehenden Bereich, der durch ein gewissermaßen ausdrücklich aufschiebend bedingtes Verbot gekennzeichnet ist, kein enteignungsfähiges Störereigentum entstehen kann.

gel auch Vorschriften im Rahmen des Mißbrauchsprinzips mit Pflichtenzusatz [1] als lediglich sozialbindend anzusehen, wenn sie die Eigentumsfreiheit des Herstellers berühren. [2]

c) Gleichheitsgrundsatz

RVOen auf Grund der §§ 4 d und 5 LMG, die nur bestimmte Personenkreise betreffen, können gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) verstoßen. § 4 Abs. 1 Nr. 2b der Verordnung über Fleischerzeugnisse (FleischVO) vom 19.12.59 (BGBl. I S. 726) nimmt vom Verbot der Milcheiweiß- (aufgeschlossenes) und Blutplasmaverwendung des § 3 FleischVO Jagd- und Bierwurst aus. Ohne auf die technologische Bedeutung von aufgeschlossenem Milcheiweiß für die gesamte Herstellung von hocherhitzten Brühwurstkonserven einzugehen, [3] ist festzustellen, daß es sich bei "Jagd- und Bierwurst" um überwiegend norddeutsche Wurstbezeichnungen handelt, die in dieser Form in Süddeutschland nicht üblich sind. Die in Süddeutschland statt dessen gebräuchlichen Brühwurstarten wie Lyoner, Fleischwurst, Mortadella und Schinkenwurst (Bierschinken) sind der

---

1) s.S.7/8

2) Zwar ist eine Vorschrift, die dem Hersteller eine Anmelde-, Auskunfts-, Buchführungs- oder ähnliche Pflicht auferlegt, im allgemeinen weniger belastend als eine VerbotsVO, trotzdem können auch derartige öffentlich-rechtliche Pflichten das Eigentum des Herstellers belasten. So kennt z.B. das deutsche Patentrecht keinen Schutz für chemische Substanzen mit der Folge, daß bei einer Meldepflicht (z.B. der Verwendung bestimmter Zusatzstoffe) Betriebsgeheimnisse offengelegt werden könnten, womit es zu einer Entwertung jahrelanger Forschungsarbeiten und damit zu einem substantiierbaren Schaden kommen würde (vgl. Tolkmitt, Ernährungswirtschaft 1964, 226 (228)).

3) Vgl. dazu Kotter und Terplan, Arch. Lebensmittelhyg. 1961, 169 (173/174).

norddeutschen Jagd- und Bierwurst sehr ähnlich und unterscheiden sich von diesen nur unerheblich (im wesentlichen im Zerkleinerungsgrad und in der Würzung). [1] Wollte man die Begriffe "Jagd- und Bierwurst" eng, d.h. regionalbezogen auslegen, [2] so würden die süddeutschen Hersteller gegenüber den norddeutschen benachteiligt. Da eine auf norddeutsche Bezeichnungen beschränkte Auslegung "nicht auf ein Schutzbedürfnis für den Verbraucher" gerade im Hinblick auf eine derartige Differenzierung gestützt werden kann, [3] verstößt sie gegen den Gleichheitsgrundsatz, weil keine "einleuchtenden Gründe für die ungleiche Behandlung geltend gemacht werden" könnten. [4] Eine verfassungskonforme Auslegung verlangt also, unter die Begriffe "Jagd- und Bierwurst" auch diejenigen Brühwurstarten zu ziehen, die diesen außerhalb Norddeutschlands entsprechen. [5] Schließlich ist auch nicht einzusehen, warum im Gegensatz zu "Jagd- und Bierwurst" (§ 4 Abs. 1 Nr. 2b) die Begriffe "Blut- und Leberwurst" (§ 4 Abs. 1 Nr. 2c) einhellig weit ausgelegt werden, [6] obwohl unter diesen Begriffen auch eine Beschränkung auf diejenige "Blut- und Leberwurst" verstanden werden könnte, die als bayerische Schlachtspezialität bekannt ist. Eine derartige Auslegung würde den Verstoß gegen Art. 3 GG noch augen-

---

1) Vgl. Kotter und Terplan, Arch. Lebensmittelhyg. 1961, 169 (174); Lienhop, Arch. Lebensmittelhyg. 1962, 262.
2) So die h.M., vgl. Haupt, Arch. Lebensmittelhyg. 1960, 1 (7); Zipfel, Rdnr. 64 zu § 4 FleischVO; Holthöfer-Juckenack-Nüse II, Rdnr. 10 zu § 4 FleischVO.
3) Kotter und Terplan, Arch. Lebensmittelhyg. 1961, 169 (174).
4) BVerfGE 15, 313 (315), s. auch S. 26 ff.
5) So im Ergebnis Lienhop, Arch. Lebensmittelhyg. 1962, 262; vgl. auch die Forderung von Kotter und Terplan, Arch. Lebensmittelhyg. 1961, 169 (174).
6) Haupt, Arch. Lebensmittelhyg. 1960, 1 (7); Schönberg, Arch. Lebensmittelhyg. 1960, 10 (11) u.a.

fälliger werden lassen, da die bayerische Blut- und Leberwurst stärker regional gebunden ist als die norddeutsche Jagd- und Bierwurst. Trotzdem ist gleichermaßen bei den Buchst. b und c des § 4 Abs. 1 Nr. 2 FleischVO nur eine weite Auslegung mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar.

Nicht gegen Art. 3 GG würde eine RVO auf der Grundlage des § 5 Nr. 1 verstoßen, die allein auf das Lebensmittelgewerbe beschränkt wird. Zwar gelten die Vorschriften des § 3 Abs. 1a LMG nicht nur für den gewerblichen Bereich, sondern auch dann, "wenn die Herstellung innerhalb einer Gemeinschaft für andere Mitglieder oder im Haushalt für Familienangehörige, Gäste oder Hausangestellte erfolgt". [1] Der VOGeber muß schließlich im Rahmen des Verbotsvorbehalts des § 5 Nr. 1 LMG die Möglichkeit haben, zur Durchführung des § 3 seine Präventivmaßnahmen auf solche Bereiche des Lebensmittelverkehrs zu beschränken, in denen der Kreis der gefährdeten Verbraucher besonders groß ist. Es bedeutet einen erheblichen tatbestandlichen Unterschied, ob im engen Familienkreis Lebensmittel verbreitet werden, oder ob über das Lebensmittelgewerbe eine Vielzahl von Verbrauchern betroffen werden kann. [2]

Bedenken gegen die Vereinbarkeit der HackfleischVO mit dem Gleichheitsgrundsatz wurden damit begründet, die Beschränkung der Herstellung und Abgabe von Hack-

---

1) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 41 zu § 3 LMG.
2) Daher sind die verfassungsrechtlichen Bedenken von Haupt, Berliner u. Münchner Tierärztl. Wschr. 1957, 105 (106), die er in dieser Hinsicht gegen eine bundeseinheitliche HygieneVO vorgetragen hat, unbeachtlich. Schließlich ist auch in anderen Hygienebestimmungen wie z.B. § 13 MilchG der Bereich des Haushalts nicht einbezogen (vgl. Erbs-Zipfel, Erl. 10 zu § 13 MilchG).

fleisch auf bestimmte Betriebe verstoße gegen Art. 3 GG. Die Begrenzung auf einen bestimmten Kreis von Betrieben ist jedoch aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Verbraucher erfolgt. Zwischen den Betrieben, in denen Hackfleisch hergestellt, bzw. vertrieben werden darf, und den davon ausgeschlossenen Betrieben bestehen hinsichtlich Einrichtung und fachlicher Leitung bzw. Aufsicht erhebliche tatsächliche Unterschiede. [1] Diese erlauben mit Rücksicht auf die Anfälligkeit von Hackfleisch und anderen Produkten aus rohem zerkleinerten Fleisch für mikrobiellen Befall eine unterschiedliche Behandlung in der HackfleischVO. Schließlich darf der VOGeber entscheiden, "welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse maßgebend dafür sind, sie im Recht als gleich oder ungleich zu behandeln (BVerfGE 6, 273, 280; 10, 59, 73). Wenn er hierbei die leichte Verderblichkeit der Ware und die deshalb gegebene allgemeine Gesundheitsgefährdung ohne Rücksicht, ob sie auch im Einzelfall vorliegt, sowie Gesichtspunkte der leichten und praktischen Überwachung (BGHSt 17, 275, 276) als maßgebend für die unterschiedliche Regelung ansah, so hat er nicht willkürlich gehandelt". [2]

Mit entsprechender Begründung können auch Bedenken gegen eine RVO auf der Grundlage des § 5 Nr. 1 LMG ausgeräumt werden, die z.B. Hygienevorschriften für die "Frischfleisch und Fische verarbeitenden oder in Verkehr bringenden Betriebe" [3] enthalten würde, um die Gesundheit der Verbraucher zu schützen. Es steht außer

---

1) Vgl. Rspr. zu § 2 Abs. 2 HackfleischVO a.F.: HansOLG Bremen LRE 1, 63 (64 ff); BVerwG LRE 2, 332 (333); BayObLG LRE 4, 135 (136 ff).
2) BayObLG Dt. Lebensm.-Rdsch. 1964, 389 (390); vgl. auch OLG Karlsruhe LRE 1, 215 (232), das die KräuterweinVO mit Art. 3 GG für vereinbar erklärte.
3) Haupt, Berliner u. Münchner Tierärztl. Wschr. 1957, 105 (107).

Frage, daß Hygienevorschriften für jede Art von Lebensmitteln im Interesse des Verbrauchers wünschenswert wären. Bei bestimmten Lebensmitteln sind jedoch wegen ihrer leichten Verderblichkeit und der damit zusammenhängenden gesundheitlichen Gefahren derartige Regelungen vordringlich. Daher hat der VOGeber mit Vorrang für bestimmte Branchen des Lebensmittelgewerbes, in denen er - als tatbestandliche Besonderheit - erhebliche gesundheitliche Gefahren sieht, Hygienevorschriften erlassen. Ein Verstoß gegen Art. 3 GG kann nicht schon darin liegen, daß der VOGeber nicht alle Branchen gleichzeitig erfaßt. Schließlich muß es dem VOGeber möglich sein, seine Normsetzung nach Dringlichkeitsgesichtspunkten durchzuführen. Außerdem wäre es schon technisch gar nicht möglich, alle Branchen gleichzeitig zu erfassen, da die unterschiedliche Beschaffenheit der Lebensmittel differenzierte Regelungen erfordert.

d) Gewaltenteilung, Normdelegation

Während vorkonstitutionelle Ermächtigungen wie der Verbotsvorbehalt des § 5 LMG [1] in ihrer Gültigkeit nur nach dem zur Zeit ihres Erlasses gültigen Verfassungsrecht zu beurteilen sind, [2] ist der nachkonstitutionelle Verbotsvorbehalt des § 4 d LMG nur gültig, wenn er Art. 80 Abs. 1 GG entspricht. § 4 d ermächtigt zum Erlaß von VerbotsVOen, durch die Behandlungsverfahren aus Gründen des Gesundheitsschutzes verboten werden können. Zwar ist Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung nicht in allen Einzelheiten

1) s.S.21
2) Das gilt auch für die vor Inkrafttreten des GG erlassenen RVOen (Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 5 vor §§ 5 - 10 LMG).

aus § 4 d LMG abzuleiten, eine Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung darf aber auch im Zusammenhang mit den anderen Vorschriften des Gesetzes und seinem Gesamtziel bestimmt werden. [1] Im Falle des § 4 d LMG läßt der objektivierte Wille des Gesetzgebers, der sich weitgehend aus Wortlaut und Sinn der Vorschrift als auch bis zu einem gewissen Grade aus der Entstehungsgeschichte ergibt, [2] Inhalt und Zweck der Ermächtigung, nämlich den Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schädigungen durch Lebensmittelbehandlungsverfahren, erkennen sowie die Tendenz, mit der von ihr Gebrauch gemacht werden soll. Daher entspricht § 4 d LMG dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, wonach "eine Ermächtigung an den Verordnungsgeber so bestimmt sein muß, daß schon aus ihr und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und voraussehbar ist, was vom Bürger gefordert werden kann". [3]

Im einzelnen ergibt sich Folgendes: Inhaltlich beschränkt sich der Verbotsvorbehalt des § 4 d LMG auf die Ermächtigung zum Verbot von Behandlungsverfahren, soweit Lebensmittel gewerbsmäßig oder für Mitglieder von Genossenschaften oder ähnlichen Gemeinschaften oder für Einrichtungen zur Gemeinschaftsverpflegung hergestellt werden. Nicht als Behandlungsverfahren ist der Zusatz von Fremdstoffen anzusehen, da insoweit mit § 4 a LMG bereits eine Regelung nach dem Verbotsprinzip vorliegt. Ob die Verwendung von technischen Hilfsstoffen (§ 4 b Nr. 3 Satz 2 LMG) als Be-

---

1) BVerfGE 8, 274 (307).
2) Vgl. die amtl. Bgrdg. zum inhaltsgleichen § 4 c Abs. 2, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 9/10; Bericht des Gesundheitsausschusses, Bundestags-Drucks.. 3. Wahlp., Nr. 553, S. 4, vgl. auch BVerfGE 15, 153 (160/161).
3) BVerfGE 18, 52 (61).

handlungsverfahren i.S.d. § 4 d LMG anzusehen ist, geht aus dessen Wortlaut zwar nicht ausdrücklich hervor, das vom LMG verfolgte Gesamtziel, einen möglichst umfassenden Gesundheitsschutz des Verbrauchers zu sichern, dürfte aber als ausreichendes Indiz dafür anzusehen sein, daß auch die Verwendung technischer Hilfsstoffe durch RVO nach § 4 d LMG verboten werden kann. Dem widerspricht auch nicht die Absicht des Gesetzgebers, mit § 4 d LMG in der Hauptsache die physikalischen Behandlungsverfahren zu erfassen. [1)]

Die Ermächtigung zum Verbot von Behandlungsverfahren, "soweit sie den Lebensmitteln eine für die menschliche Gesundheit schädliche Beschaffenheit verleihen", ist auch im Zusammenhang mit der Mißbrauchsregelung des § 3 LMG zu sehen. Zwar ist in § 4 d LMG nicht ausdrücklich auf § 3 LMG verwiesen, wie das in der Ermächtigung des § 5 Nr. 1 LMG der Fall ist, aber auch § 4 d LMG ist schließlich erlassen worden, um(zusammen mit § 5 Nr. 1 LMG) den Gesundheitsschutz des Verbrauchers, wie er in § 3 LMG zu einem der tragenden Grundsätze des LMG erhoben wurde, möglichst umfassend zu gewährleisten. Daher können bei der Bestimmung des Zweckes der Ermächtigung in § 4 d LMG auch die von Rspr. und Lehre zu § 3 LMG entwickelten Vorstellungen mit herangezogen werden. Die eindeutige Zweckbestimmung

---

1) Die bei Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 7 zu § 4 d, anklingenden verfassungsrechtlichen Bedenken dürften also unbegründet sein. Im übrigen führt die vorgeschlagene Auslegung auch nicht zu einer überflüssigen Doppelregelung: Zwar ermächtigt § 5 a Abs. 1 Nr. 3 LMG zur Festsetzung von Resthöchstmengen für technische Hilfsstoffe, die auch auf Null festgesetzt werden können, damit wird aber noch nicht der Zusatz von Hilfsstoffen überhaupt verboten. § 5 a Abs. 1 Nr. 3 LMG bezieht sich nämlich nicht auf den Zusatz von technischen Hilfsmitteln sondern nur auf den Verbleib von Restmengen.

steckt auch zugleich den Rahmen des Ausmaßes ab und weist damit auf die Tendenz hin, mit der von der Ermächtigung des § 4 d LMG Gebrauch gemacht werden darf. [1] Die Ermächtigung geht in ihrem Ausmaß auch nicht über die Grundsätze des Gesundheitsschutzes hinaus, wie sie in den anderen Vorschriften des LMG zum Ausdruck kommen. Das soll jedoch nicht besagen, daß RVOen auf der Grundlage des § 4 d LMG nur erlassen werden dürfen, wenn eine konkrete Eignung zur Gesundheitsschädigung vorliegt, wie sie in § 3 LMG verlangt wird. Die gesetzestechnische Konstruktion des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt ist ja gerade dadurch gekennzeichnet, daß eine Norm nach dem Mißbrauchsprinzip repressiver Natur ist, während der Verbotsvorbehalt zu präventiven Maßnahmen ermächtigt. [2] Für das Verbot von Behandlungsverfahren auf Grund der Ermächtigung des § 4 d LMG "genügt die Erfahrungstatsache, daß Lebensmittel ... der menschlichen Gesundheit gefährlich werden k ö n n e n ... Zum Schutze der Gesundheit kann demnach vorbeugend und generell weit mehr verboten werden, als durch § 3 LMG im konkreten Fall getroffen wird ...". [3]

An der verfassungsrechtlichen Gültigkeit des vorkonstitutionellen § 5 LMG, der nicht an den strengen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG zu messen ist, bestehen keine Zweifel. [4] Zwar sind die Verbotsvor-

---

1) BVerfGE 10, 20 (53).
2) s.S.3 ff.
3) KG LRE 1, 59 (zu § 5 Nr. 1 LMG, die Entscheidung trifft in gleicher Weise auf § 4 d LMG zu), so auch OVG Berlin LRE 1, 279 (280), und BVerwG LRE 2, 245 (246/247).
4) Vgl. Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnrn. 4 ff vor §§ 5 - 10 LMG und Rdnr. 5 zu § 5 LMG. Auch das HansOLG Bremen LRE 1, 63 (65), und Fröhler, Gutachten, S. 8 ff, die § 5 LMG als nachkonstitutionell ansehen, halten ihn mit Art. 80 Abs. 1 GG für vereinbar und daher gültig.

behalte der §§ 4 d und 5 LMG zur Sicherung eines umfassenden Schutzes der Verbraucher vor gesundheitlichen Schäden und Übervorteilungen bzw. Täuschungen im Lebensmittelverkehr weit gefaßt, d.h. bei der verfassungsrechtlichen Prüfung von VerbotsVOen ist der Ermächtigungsrahmen unter Berücksichtigung der tragenden Grundsätze des LMG zu entwickeln; das darf jedoch nicht zu einer uferlosen Ausdehnung der Normsetzungsbefugnisse des VOGebers führen. Gerade bei weitgefaßten Ermächtigungen ist besonders darauf zu achten, daß der VOGeber seinen Willen nicht an die Stelle des Willens des Gesetzgebers setzt und entgegen Art. 80 GG gesetzesändernde und gesetzesvertretende RVOen erläßt. [1] Der Vorrang des Gesetzgebers wird auch dadurch deutlich, daß die Ermächtigungen der §§ 4 d und 5 LMG keine Sperrwirkung für den Gesetzgeber entwickeln, selbst im Bereich dieser Ermächtigungen tätig zu werden. Entsprechende gesetzliche Regelungen erfolgen allerdings meist nur dann, wenn die zu regelnde Materie z.T. über den Ermächtigungsrahmen hinausgehen würde. [2]

Auch die "besondere Bedeutung" eines zu regelnden Ge-

---

1) Gesetzesvertretende oder gesetzesergänzende RVOen dürfen auch nach vorkonstitutionellen Ermächtigungen wie § 20 LMG nicht mehr erlassen werden. Derartige Ermächtigungen sind nach Art. 129 Abs. 3 GG erloschen (vgl. zu § 20 LMG Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 3 zu § 20 LMG). Hieronimi, Erl. 1 zu § 20 LMG, findet es "erstaunlich", daß bei der Neufassung des LebensmG 1958 die Ermächtigung "zur Ergänzung dieses Gesetzes" nicht gestrichen worden ist, weil eine derartige Ermächtigung wegen Verstoßes gegen Art. 80 GG nichtig ist".

2) Z.B. WeinG v. 25.7.30 (RGBl. I S. 356); MilchG v. 31.7.30 (RGBl. I S. 421); NitritG v. 19.7.34 (RGBl. I S. 513) u.a., vgl. Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 2 zu § 5 LMG
Zipfel, Rdnr. 11 zu § 5 LMG, spricht hier unter Berufung auf ihre Entstehung sehr plastisch von einem "verordnungsvertretenden" Charakter der Gesetze: "Diese Gesetze vertreten ... nur Verordnungen nach § 5".

genstandes kann nach Holthöfer-Juckenack-Nüse [1] dazu führen, daß die Regelung durch Gesetz der durch RVO vorgezogen wird. Allerdings ist die Einführung des Verbotsprinzips (§§ 4 a ff LMG) mit Erlaubnisvorbehalt (§§ 5 a ff LMG) kein dafür zutreffendes Beispiel. Zweifellos ist die Einführung des Verbotsprinzips ein Gegenstand von "besonderer Bedeutung", auch ermächtigt § 5 Nr. 1 LMG zum Erlaß von VerbotsVOen zum Schutze der Gesundheit des Verbrauchers. Auf Grund dieser Ermächtigung hätten also alle Zusatzstoffe und Behandlungsverfahren verboten werden können, die in den §§ 4 a ff LMG erfaßt sind, aber jeweils nur e i n z e l n . [2] Die Einführung des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt kann nämlich, wie noch auszuführen ist, nicht mit der Summe von Einzelverboten gleichgestellt werden. Daher wäre eine VerbotsVO, die generell Fremdstoffe, bestimmte biologische und Strahlenbehandlungsverfahren umfaßt hätte, eine wegen Verstoßes gegen Art. 80 Abs. 1 GG verfassungswidrige Änderung bzw. Ergänzung des LMG gewesen. Die Gesamtkonzeption des LMG, die bis 1958 auf dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt beruhte, konnte also nur durch den Gesetzgeber selbst geändert werden.

Eine unzulässige gesetzesvertretende VO wäre auch gegeben, wenn in- und ausländische Hersteller unterschiedlichen Bestimmungen unterworfen würden. Hier läge ein Verstoß gegen den in § 21 LMG niedergelegten Grundsatz vor, zu dessen Änderung der VOGeber nicht ermächtigt ist. Verordnungsrecht kann das höherrangige Gesetzesrecht nicht abändern. [3]

---

1) Bd. I, Rdnr. 2 zu § 5 LMG.
2) Bernhardt, Ernährungswirtschaft 1958, 61: § 5 LMG "ermöglicht immer nur eine Regelung für einzelne Lebensmittel", vgl. auch amtl. Begrdg zu § 4 a, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 8.
3) Eine Herstellungsvorschrift innerhalb einer RVO, deren Einhaltung am fertigen Lebensmittel nicht nach-

(Fortsetzung)

Außerhalb der Ermächtigung der §§ 4 d und 5 LMG liegen RVOen, die marktordnende und berufspolitische Tendenzen verfolgen. Eine RVO auf der Grundlage von § 5 Nr. 5 LMG, die für die Herstellung bestimmter Lebensmittel den Zusatz von Butter vorschreiben würde, um eine "Butterschwemme" [1] zu bekämpfen, ginge als marktordnende Maßnahme über die Ermächtigung des § 5 Nr. 5 LMG hinaus. Zwar ist ein Beimischungszwang als marktordnende Maßnahme unserem Recht nicht fremd. Er darf aber durch RVO nur festgelegt werden, wenn er auf einer außerhalb des LMG gelegenen Ermächtigung beruht, die ausdrücklich wirtschaftspolitische Ziele verfolgt. Eine derartige Ermächtigung stellte bisher § 19 Milch- und FettG i.d.F.v. 10.12.52 (BGBl. I S. 811) dar, der die Bundesregierung ermächtigte, zur Sicherung der Verwertung von pflanzlichen und tierischen Ölen und Fetten inländischer Erzeugung einen Beimischungszwang festzusetzen. [2] Diese Regelung ist durch das Gesetz

---

Fortsetzung:
geprüft werden kann, wird von den inländischen Herstellern beachtet werden müssen, weil ihre Betriebe kontrolliert werden können. Einer derartigen Kontrolle sind ausländische Hersteller in der Regel durch deutsche Überwachungsbehörden nicht unterworfen, so daß sie praktisch an die Herstellungsvorschrift nicht gebunden sind. Zwar liegt dann noch eine formale Gleichstellung von einheimischen und Importlebensmitteln nach § 21 LMG vor, es ist aber zumindest problematisch, ob nicht schon eine von der Ermächtigung des § 5 Nr. 5 LMG nicht mehr getragene Umgehung des § 21 vorliegt (vgl. in diesem Zusammenhang den von Heumann und Sauer, Ernährungswirtschaft 1964, 124 (125), kritisierten § 4 KäseVO).

1) Bonn kämpft gegen die Butterschwemme, FAZ Nr. 126 v. 2.6.66, S. 13; Verbuttert, FAZ Nr. 127 v. 3.6.66, S. 27. Eingefrorener Butterberg, BayStaatsztg. Nr. 12 v. 25.3.66, S. 9

2) Nach der auf Grund des § 19 Milch- und FettG ergangenen VO über die Beimischung inländischen Rüböls und Feintalges v. 26.2.53 (BAnz. Nr. 41 v. 28.2.53), die mehrfach verlängert wurde, waren die Margarinehersteller verpflichtet, 5 % Rüböl nachweisbar inländischer Ernte und 1 % Feintalg aus inländischem Rohtalg bei ihrer Produktion zu verwenden.

über die Unterbringung von Rüböl aus inländischem Raps und Rübsen v.12.8.66 (BGBl.I S.497) ersetzt worden.[1] Eine Art "Beimischungszwang" könnte auf Grund des § 5 Nr. 5 LMG normiert werden, wenn er lediglich den Zweck verfolgte, die Verbrauchererwartung festzulegen. So könnte für bestimmte Lebensmittel durch RVO festgelegt werden, daß sie z.B. ohne Butterzusatz als verfälscht anzusehen waren. Damit würde z.B. bei Buttergebäck nur eine bestehende Verbrauchererwartung[2] unterstrichen werden. Ein Beimischungszwang von Butter zur Margarine würde nicht im Zusammenhang mit der Verbrauchererwartung stehen und könnte als marktordnende Maßnahme nicht auf § 5 Nr. 5 LMG gestützt werden.[3] Entsprechend würde eine RVO wegen Verstoßes gegen Art. 80 Abs. 1 GG verfassungswidrig sein, die zur Förderung der Ziegenzucht die anteilige Verwendung von Ziegenfleisch bei der Rohwurstherstellung vorschriebe.

Eine Änderung der HackfleischVO, wonach Hackfleisch zur Förderung der Gefrierfleischeinfuhren nur aus Gefrierfleisch hergestellt werden dürfte, ginge als wirtschaftspolitische Maßnahme ebenfalls über die Ermächtigung des § 5 Nr. 5 LMG hinaus. Würde die Regelung jedoch auf Grund von § 5 Nr. 1 LMG erlassen, um den

---

1) Das Gesetz trat am 1.9.66 in Kraft (§ 12 Abs. 1), § 19 Milch- u. FettG wurde außer Kraft gesetzt (§ 12 Abs. 2). Allerdings sollten bei der Festlegung eines derartigen Beimischungszwanges gesundheitliche Bedenken (Handelsbl. Nr. 113 v. 16.6.66, S. 4) berücksichtigt werden; zur Zielsetzung landwirtschaftlicher Marktordnungsmaßnahmen vgl. Hopfner, BayVBl. 1966, 109 (113).

2) Vgl. Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 34 und 46 zu § 4 LMG, mit Nachw.

3) Ein derartiger Beimischungszwang könnte allerdings durch RVO schon wegen des höherrangigen § 3 MargarineG v. 15.6.1897 (RGBl. S. 475) nicht festgesetzt werden. Im übrigen käme auch § 19 Abs. 1 Milch- und FettG nicht als Ermächtigung in Frage, da dort Butter ausdrücklich ausgenommen war.

Verbraucher vor Bandwurmbefall zu schützen, [1] wäre sie "zur Durchführung ... des § 3" zulässig. Sofern der VOGeber die Regelung jedoch gleichzeitig aus wirtschafts- und gesundheitspolitischen Erwägungen getroffen hätte, könnte die RVO als gültig angesehen werden, wenn sie von den gesundheitspolitischen Gesichtspunkten für sich allein in vollem Umfang getragen würde. Das wäre aber bei einer RVO nicht gegeben, die Gefrierfleisch als Ausgangsmaterial für die Hackfleischherstellung zwingend vorschriebe, denn der hygienische Effekt ließe sich mindestens ebenso gut durch Tiefgefrieren des Hackfleisches nach der Fertigstellung erreichen.

Über die Ermächtigung des § 5 Nr. 2 LMG würde eine RVO hinausgehen, die zum Schutze des Metzgerhandwerks vor der Konkurrenz der fleischverarbeitenden Industrie die Größe fleischverarbeitender Betriebe nach bestimmten Kriterien begrenzen würde. [2] Die Ermächtigung des § 5 Nr. 2 LMG soll im wesentlichen den Gesundheitsschutz des Verbrauchers sichern, [3] nicht jedoch die Existenz des fleischverarbeitenden Handwerks. Der Eignungsnachweis nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 HackfleischVO ist nur zulässig, soweit er aus Gründen des Verbraucherschutzes vor gesundheitlichen Schädigungen und vor Übervorteilungen bzw. Täuschungen, nicht jedoch aus berufspolitischen Erwägungen normiert wurde. Fröhler [4]

---

1) Im Rindfleisch enthaltene Finnen werden durch ausreichendes Tiefgefrieren abgetötet, vgl. Bartels und Tändler, Fleischwirtschaft 1963, 709, m. Nachw.
2) Vgl. Tendenzen zum Schutz der bäuerlichen Veredelungswirtschaft (Osel, Handelsbl. Nr. 64 v. 1./2.4.66, S. 1; vgl. auch: Landjugend will keine Sondergesetze, Die Welt Nr. 26 v. 31.1.67, S. 12).
3) Holthöfer-Juckenack-Müse I, Rdnr. 17 zu § 5; Klein-Rabe-Weiss, Erl. 6 zu § 5.
4) Gutachten, S. 19 ff.

hält diese Vorschrift, die auf die Handwerksordnung vom 17.9.53 (BGBl. I S. 1411) verweist, nur nach verfassungskonformer Auslegung für zulässig, da die berufspolitischen Grundsätze der HandwO nicht unbedingt mit den Grundsätzen des Verbraucherschutzes im LMG identisch sein müssen. Nach Fröhlers Auffassung können fachliche Anforderungen an die Aufsichtspersonen nach § 3 Abs. 1 HackfleischVO nur insoweit gestellt werden, als sie zur hygienischen Herstellung und Vermarktung von Hackfleisch und anderen Waren aus zerkleinertem, rohem Fleisch nötig sind. Dieser Grundsatz war von der Rspr. schon unter der Geltung der HackfleischVO alter Fassung anerkannt worden und muß wegen der gleichen Zielrichtung der Neuregelung weiterhin Geltung haben. [1] Daher sind kaufmännische und betriebswirtschaftliche Kenntnisse, wie sie für die Eintragung in die Handwerksrolle gefordert werden, aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht zu verlangen. Die Aufsichtsperson i.S. von § 3 Abs. 1 HackfleischVO hat nämlich "als solche keine Unternehmer-Funktionen, sondern eine sehr viel begrenztere Aufgabe wahrzunehmen:

---

1) HansOLG Bremen LRE 1, 63 (unter Berufung auf OLG Braunschweig HRR 1937 Nr. 1568): "Die Gefahren, die mit der Herstellung und dem Verkauf von Hack- und Schabefleisch verbunden sind, werden vielmehr auch dann ausgeschlossen, wenn die Verkaufskraft zwar kein Fleischergeselle oder Meister ist, aber auf Grund sonstwie erworbener Fähigkeiten imstande ist, ordnungsgemäß das Fleisch zu behandeln. Die HackfleischVO will sich ... nicht mit den Fragen beschäftigen, die aus der 3. VO über den vorläufigen Aufbau des Handwerks vom 18. Januar 1935 RGBl. S. 15 und jetzt in der Handwerksordnung vom 17. September 1953 hervorgehen ...".
Holthöfer und Nüse halten diese Auffassung (in ihrer Anm. zum o.a. Urteil, S. 68) für vertretbar, empfehlen aber zur Klärung der angeschnittenen Frage die Anhörung eines Sachverständigen, denn nach ihrer Meinung wird dem Gericht "in aller Regel die erforderliche Sachkunde i.S. des § 244 Abs. 4 StPO fehlen, selbst die evtl. Notwendigkeit des Mitwirkens eines handwerksmäßig ausgebildeten Fleischers zu beurteilen".

Sie soll dafür einstehen, daß der von ihr nur unter gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkten überwachte Betrieb im Sinne der allein hierauf gerichteten Zielsetzung der Verordnung einwandfrei geführt wird. Kaufmännische Kenntnisse sind hierfür nicht erforderlich." [1]

Fröhler folgert daraus zu Recht, daß nach der HackfleischVO weder der große Befähigungsnachweis, noch der Nachweis eines Ausnahmefalles gem. § 8 Abs. 1 Satz 2 HandwO als ausschließliche Möglichkeit des Eignungsnachweises gefordert werden können, und legt § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HackfleischVO daher verfassungskonform wie folgt aus: Als Aufsichtsperson kann "jeder bestellt werden, der die Befähigung nachweist, daß er den von ihm betreuten Betrieb zuverlässig daraufhin überwachen kann, daß dieser Betrieb im Sinne der Hackfleisch-Verordnung einwandfrei geführt wird und die gesundheitlichen Schäden vermieden werden, welche die Hackfleisch-Verordnung verhüten will." [2] Die Aufzählung der Eignungsnachweise in § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HackfleischVO ist also nur beispielhaft zu verstehen, und zwar hat der VOGeber nur die am häufigsten vorkommenden und daher auch unproblematischen Nachweise aufgeführt. Wie der Nachweis im übrigen zu führen ist, geht aus der Regelung nicht hervor. Daher wird es zweckmäßig sein, hierfür unter Berücksichtigung des Hinweises in der HackfleischVO auf die HandwO in An-

---

1) Fröhler, Gutachten, S. 23
Die"einwandfreie Führung" eines Betriebes ist so zu verstehen, daß der "Gesundheitsschutz der Allgemeinheit ... gewährleistet" ist (Wershoven, Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 253).

2) Gutachten, S. 31/32;
Nähere Umschreibung der bei der Bearbeitung von Fleischwaren, die unter § 1 HackfleischVO fallen, in Frage kommenden Tätigkeiten bei Wershoven, Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 253 (254)

lehnung an § 8 HandwO die höhere Verwaltungsbehörde als zuständig anzusehen. Diese wird sich "für ihre Entscheidung des sachverständigen Rates der zuständigen Veterinäre zu bedienen haben". [1] Gegen diese verfassungskonforme Auslegung spricht auch nicht das von Wershoven [2] besprochene Urteil des OVG Münster, [3] da es sich mit der Erteilung einer Ausnahmebewilligung für ein selbständiges Handwerk befaßt und daher für die Prüfung der Eignung von Überwachungspersonen i.S.d. § 3 Abs. 1 HackfleischVO keine "präjudizierende" Wirkung entwickeln kann.

Allerdings dürfte es für die höheren Verwaltungsbehörden auch mit Hilfe der zuständigen Veterinäre schwierig sein, die Eignung der Überwachungspersonen festzustellen. [4] Man wird u.U. um eine Begutachtung durch ein Sachverständigengremium, wie sie von Wershoven [5] vorgeschlagen wird, oder um eine Prüfung nicht herumkommen, wenn sich nicht aus der beruflichen Vorbildung oder Tätigkeit eindeutig die Eignung ergibt. Außerdem besteht die Gefahr, daß in den einzelnen Regierungsbezirken und Bundesländern unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden. Es wäre jedoch zu hoffen, daß sich die Arbeitsgemeinschaft der leitenden Veterinärbeamten der Länder in Zusammenarbeit mit den gewerblichen Sachverständigen über einheitliche Maßstäbe ebenso einigen werden, wie sie es z.B. in der Frage der Beurteilung von Fleischkühltheken als "Frisch-

---

1) Fröhler, Gutachten, S. 32
2) Allg. Fleischer-Ztg. Nr. 91 v. 30./31.7.66, S. 3
3) - IV A 1524/24 - vom 13.10.65
4) Wershoven, Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 253, erhebt bei der Prüfung des Fröhlerschen Lösungsvorschlags die Frage, "ob auf diese Art und Weise der von der Hackfleisch-Verordnung angestrebte Gesundheitsschutz der Allgemeinheit überhaupt noch gewährleistet werden kann", und in welcher Form die entsprechende Qualifikation zu erbringen sei.
5) Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 253 (255).

fleischabteilungen" i.S.d. HackfleischVO getan haben. [1] Zur praktischen Durchführung des Eignungsnachweises wäre schließlich daran zu denken, Regelungen ähnlich den Vorschriften über Erwerb und Nachweis der Sachkunde nach § 14 MilchG [2] zu treffen.

Eine bundeseinheitliche HygieneVO, wie sie zur Vereinheitlichung der landesrechtlichen Hygienevorschriften [3] verschiedentlich gefordert wurde [4], wäre nur zulässig, wenn sie von der Ermächtigung des § 5 LMG gedeckt würde. [5] Immerhin sind bereits Zweifel laut geworden, ob diese Ermächtigung "in allen Punkten, die die sogenannte Hygieneverordnung berücksichtigen muß, die nach Art. 80 GG erforderliche Rechtsgrundlage" darstellt. [6] Hygienevorschriften sollen verhindern,

---

1) Vgl. Laube, selbstbedienung und supermarkt 1966, Nr. 3, S. 45 (46).
2) Gem. Bek. der Bayer. Staatsministerien für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten Nr. IV, 2-7080/76, des Inneren Nr. III, 9-5070/55-4/66 und für Wirtschaft und Verkehr Nr. 7602a-I/3-30443 vom 1.7.1966 (BayStAnz. Nr. 27 v. 8.7.66, S. 5).
3) Zur Gültigkeit landesrechtlicher HygieneVOen vgl. Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 12 ff vor §§ 5 - 10 LMG; Gegenüberstellung der HygieneVOen bei Schmidt, Vergleichende Betrachtungen über die Hygieneverordnungen der Länder.
4) Weiss, Ernährungswirtschaft 1959, 135 (137); Klemm, Fleischwirtschaft 1963, 899; Klein-Rabe-Weiss, Erl. 2 zu § 5 LMG.
5) Für die HygieneVOen der Länder trifft diese Fragestellung in der Regel nicht zu, da die meisten von ihnen auf einer landesrechtlichen (sicherheitsrechtlichen) Ermächtigungsgrundlage beruhen, so in Bayern die auf Grund Art. 14 Landesstraf- und Verordnungsgesetz vom 17.11.56 (BayBS I, S. 327) i.d. F.v. 22.12.60 (GVBl. S. 296) erlassene LandesVO über den Verkehr mit Lebensmitteln tierischer Herkunft vom 31.12.57 (GVBl. 1958, S. 3) i.d.F.v. 5.7.61 (GVBl. S. 191).
6) Schultz, Arch. Lebensmittelhyg. 1958, 1; Haupt, Berliner u. Münchner Tierärztl. Wschr. 1957, 105 (106/107).

daß "unhygienische", d.h. gesundheitsschädliche bzw. zumindest gesundheitlich bedenkliche oder verdorbene Lebensmittel in Verkehr kommen. Um den Erlaß derartiger Vorschriften durch RVOen in ausreichendem Maße zu ermöglichen, wurde § 5 LMG i.d.F.v. 5.7.27 (RGBl. I S. 134) durch ÄndG v. 11.12.35 (RGBl. I S. 1430) mit anschließender Neubekanntmachung v. 17.1.36 (RGBl. I S. 17) geändert und bekam seine noch heute gültige Fassung. In der amtlichen Begründung [1] wurde im Hinblick auf § 5 Nr. 1 LMG die Auffassung vertreten, es habe sich "das Bedürfnis ergeben, auch diejenigen Anforderungen einzubeziehen, die im Interesse der Volksgesundheit an die dem Lebensmittelverkehr dienenden Räume, Geräte und Einrichtungen sowie die mit der Herstellung und dem Vertrieb von Lebensmitteln beschäftigten Personen und deren gesundheitliche Überwachung zu stellen sind". Gleichzeitig wurde auf entsprechende Vorschriften in § 13 MilchG v. 31.7.30 (RGBl. I S. 421) i.d.F.v. 23.3.33 (RGBl. I S. 143) und einzelne Anwendungsmöglichkeiten der geänderten Fassung des § 5 Nr. 1 LMG hingewiesen. Die Ermächtigung des § 5 Nr. 1 LMG ist nicht auf repressive Maßnahmen begrenzt. [2]

Daher ist es für den Erlaß einer HygieneVO nicht erforderlich, daß sie sich nur auf Lebensmittel bezieht, deren "Genuß die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet ist" (§ 3 Nr. 1a LMG). Anders als in § 3 LMG sind die Schädigungsmöglichkeiten nach § 5 Nr. 1 LMG nicht auf den Genuß allein beschränkt zu verstehen. Schließlich kann das Präventivziel einer RVO nach § 5 Nr. 1 LMG nur erreicht werden, wenn die Gefahr der Ge-

---

1) Abgedr. bei Zipfel, Rdnr. 9 zu § 5 LMG.
2) KG LRE 1, 59; OVG Berlin LRE 1, 279; BVerwG LRE 2, 245; a.A. wohl Haupt, Berliner u. Münchner Tierärztl. Wschr. 1957, 105 (106).

sundheitsschädigung der Verbraucher möglichst weitgehend ausgeschaltet wird. Während § 3 Nr. 1 LMG voraussetzt, daß "das Lebensmittel gerade durch seinen Genuß schädlich auf die menschliche Gesundheit wirken kann", [1] muß es für den Erlaß einer VerbotsVO nach § 5 Nr. 1 LMG bereits ausreichen, daß z.B. "tuberkulöses Fleisch bei der Beförderung oder Zubereitung andere Lebensmittel infiziert". § 5 Nr. 1 LMG enthält auch keine ausdrückliche Beschränkung auf jeweils einzelne Lebensmittel. Daher sind auf Grund der Ermächtigung zumindest solche Vorschriften einer HygieneVO zulässig, die eindeutig im Interesse des Gesundheitsschutzes der Verbraucher erlassen werden. Darunter fallen auch Vorschriften, "die im Interesse der Volksgesundheit" besondere Anforderungen an die "mit der Herstellung und dem Vertrieb von Lebensmitteln beschäftigten Personen und ihre Überwachung" [2] stellen.

Wenn Lebensmittel durch Personen behandelt werden, die bestimmte Krankheiten aufweisen, [3] "so liegt nach den Erfahrungen des Lebens die Gefahr nahe, daß die menschliche Gesundheit durch Verunreinigungen Schaden nimmt". [4] Derartige RVOen werden also von der Ermächtigung des § 5 Nr. 1 LMG getragen. [5] Zweifel be-

---

1) BayObLG LRE 2, 58
2) BVerwG LRE 2, 245 (247); vgl. auch die zustimmende Anm. v. Nüse (248)
3) Vgl. § 13 MilchG; § 21 Berliner VO über die hygienische Behandlung von Lebensmitteln vom 29.12.48 (VOBl. 1949, S. 41).
4) OVG Berlin LRE 1, 279 (281) "Verunreinigungen" sind im Hinblick auf den gesundheitsschützenden Charakter des § 5 Nr. 1 LMG als "Verunreinigungen von Lebensmitteln mit pathogenen Keimen" aufzufassen.
5) Allerdings dürfen in eine derartige RVO keine Krankheiten aufgenommen werden, durch die Keimübertragungen auf die zu behandelnden Lebensmittel nicht (Fortsetzung)

stehen jedoch, ob auf Grund eines Verbotsvorbehalts im LMG Hygienevorschriften erlassen werden dürfen, die das Verbot enthalten, Lebensmittel so zu behandeln, daß sie eine "ekelerregende Eigenschaft" bekommen, also verdorben i.S.d. § 4 Nr. 2 LMG sind. [1] Eine Berufung auf die Ermächtigung des § 20 LMG [2] ist seit dem Inkrafttreten des GG nicht mehr zulässig, soweit damit "zur Ergänzung" des LMG erlassene Vorschriften einer HygieneVO gerechtfertigt werden sollen. [3] Im übrigen würde die Ermächtigung des § 20 LMG, soweit man sie in gewissem Umfang noch als gültig ansehen wollte, [4] nicht über die Ermächtigung des § 5 LMG hinausgehen, da § 20 lediglich "der Ergänzung des § 5" dient. [5] Nach § 4 Nr. 2 LMG könnten unhygienisch behandelte Lebensmittel, die zwar nicht gesundheitsschädlich, aber ekelerregend sind, als verdorben angesehen werden. [6] Durch VerbotsVO auf Grund von § 5 Nr. 5 i.V.m. § 4 Nr. 2 LMG könnte das Inverkehrbringen

---

Fortsetzung:
möglich sind. Nüse (Anm. zu BVerwG LRE 2, 245 (248)) und Klein-Rabe-Weiss (Erl. 3 zu § 5 LMG) beziehen sich ebenfalls nur auf den Gesundheitsschutz; vgl. auch den Hinweis von Nagel-Oestreicher (Anm. 121 zu § 13 MilchG (S. 48)) auf eine entsprechende Einschränkung des § 13 Abs. 1 MilchG.

1) OVG Berlin LRE 1, 279 (281).
2) § 20 Abs. 1 a.F.; Abs. 2 wurde durch Art. 1 Nr. 13 ÄndErgGLMG v. 21.12.58 (BGBl. I S. 950) gestrichen.
3) Art. 129 Abs. 3 GG; § 21 der Berliner HygVO konnte als vorkonstitutionelle VO noch als gesetzesergänzende RVO erlassen werden, vgl. OVG Berlin LRE 1, 279 (281/282); BVerwG LRE 2, 245 (247/248).
4) Vgl. die verfassungsrechtlichen Bedenken bei Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 3 zu § 20 LMG, und Hieronimi, Erl. 1 zu § 20 LMG.
5) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 4 zu § 20 ("Ergänzend" dürfte in diesem Zusammenhang als "unterstützend", nicht als "gesetzesergänzend" im verfassungsrechtlichen Sinne zu verstehen sein.)
6) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 104 ff zu § 4 LMG: "Häufig wird eine unhygienische Behandlung die Verdorbenheit eines Lebensmittels bewirken" (Rdnr. 104).

derartig unhygienisch behandelter Lebensmittel auch bei Deklaration untersagt werden. "Dies wäre aber immer nur für einzelne Lebensmittel möglich." [1]

Wenn auch der Änderung des § 5 LMG durch ÄndG v. 11.12.35 (RGBl. I S. 1430) die Absicht zugrunde lag, den hygienischen Schutz im Rahmen des LMG an § 13 MilchG anzupassen, [2] so ist das nur im Hinblick auf den Gesundheitsschutz gelungen. Vorschriften, die entsprechend § 13 Abs. 3 MilchG den Verbraucher davor schützen sollen, daß Lebensmittel in einer Weise behandelt werden, die einen "ekelerregenden Eindruck" erweckt, können (soweit sie nicht lediglich einzelne Lebensmittel betreffen) nach § 5 Nr. 5 i.V.m. § 4 Nr. 2 LMG nicht erlassen werden. In der Regel werden aber von unhygienisch behandelten Lebensmitteln bis zu einem gewissen Grade gesundheitliche Gefahren für den Verbraucher ausgehen. Das gilt besonders dann, wenn der Begriff der "gesundheitlichen Gefährdung" im Hinblick auf § 5 Nr. 1 LMG weit aufgefaßt wird. [3] Schließlich ist bei sehr vielen Verunreinigungen von Lebensmitteln nicht nur die Möglichkeit gegeben, daß beim Verbraucher ein Eindruck des Ekels hervorgerufen wird, sondern daß gleichzeitig auch pathogene Keime in die Lebensmittel gelangen, die sich zumindest unter bestimmten Aufbewahrungsbedingungen erheblich vermehren können. Im übrigen wird die Diskussion um eine

---

1) So die amtl. Bgrdg., Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 8, zur Rechtfertigung des Fremdstoffverbots des § 4 a LMG.
2) Vgl. amtl. Bgrdg., abgedr. bei Zipfel, Rdnr. 9 zu § 5 LMG.
3) Insoweit wird man die amtl. Bgrdg. (abgedr. bei Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 9 zu § 5 LMG) heranziehen dürfen, um die Ermächtigung des § 5 Nr. 1 LMG im "Interesse der Volksgesundheit" auszudehnen.

BundeshygieneVO gegenstandslos werden, wenn das vielfach geforderte und auch bereits geplante bundeseinheitliche Hygienegesetz [1] erlassen wird. Aber auch nach geltendem Recht bestehen bereits durch das Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Regelung gesundheitlicher Fragen beim innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit frischem Fleisch (Durchführungsgesetz EWG-Richtlinie Frisches Fleisch - FrFlG) vom 28.6.65 (BGBl. I S. 547) eingehende Hygienevorschriften für Schlacht- und Zerlegungsbetriebe, die sich am innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit frischem Fleisch von Rindern, Schweinen, Schafen, Ziegen und Einhufern, die als Haustiere gehalten werden, beteiligen. [2]

Die Verbotsvorbehalte der §§ 4 d und 5 LMG enthalten mit der Ermächtigung zum Erlaß von RVOen gleichzeitig (gewissermaßen im Umkehrschluß) eine Begrenzung für die Betätigung der Exekutive dahingehend, außerhalb der VOGebung keine allgemeinverbindlichen Herstellungsvorschriften und Begriffsbestimmungen zu erlassen. Derartige "Erlasse" werden nach dem Grundsatz der

---

1) Schmidt, Vergleichende Betrachtungen über die Hygieneverordnungen der Länder, S. 375; Bergmann, Schlacht- und Viehhof-Ztg. 1965, 273 (275); Brühann, Arch. Lebensmittelhyg. 1966, 145; Raschke, Schlacht- und Viehhof-Ztg. 1966, 355.

2) Im Rahmen der Harmonisierung des Lebensmittelrechts im EWG-Raum wurde diese partielle bundeseinheitliche Hygieneregelung notwendig. Das geltende Fleischbeschaurecht (FleischbeschauG v. 29.10.1940, RGBl. I S. 1463) umfaßt nur einen Teil des EWG-Fleischhygienerechts. Daher konnte die "Übernahme der Vorschriften der genannten Richtlinie in deutsches Recht ... nur durch ein besonderes Gesetz bewirkt werden, das als Übergangslösung bis zum Inkrafttreten eines neuen Fleischhygienerechts gelten soll" (amtl. Bgrdg., abgedr. bei Dutschke, Fleischhygienerecht, FrFlG, S. 32). Auf andere bundeseinheitliche Hygienevorschriften (z.B. für Milch) wurde bereits hingewiesen. s.S. 94

Gewaltenteilung nie normative Kraft haben; auf diesem Wege können die mit der Lebensmittelüberwachung befaßten Oberbehörden nur die ihnen untergeordneten Überwachungsorgane binden. [1] Als Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung dürften aber auch schon Versuche der Exekutive (Überwachungsbehörden, staatliche Untersuchungsanstalten) anzusehen sein, Begriffsbestimmungen mehr oder weniger willkürlich festzulegen und als mit der tatsächlichen Verbrauchererwartung übereinstimmend hinzustellen mit dem Ziel, diese "auf dem Umweg über das richterliche Urteil Bestandteil der Rechtsordnung" werden zu lassen. [2]

Gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung spricht nicht die Praxis der höheren Gerichte, Rechtsgrundsätze aufzustellen, um den unteren Gerichten und den Verwaltungsbehörden eine Richtschnur für ihre Tätigkeit zu geben. [3] Allerdings werden die Gerichte ihrer Funktion im System der Gewaltenteilung nur gerecht, wenn sie es vermeiden, nicht hinreichend belegte Auffassungen der Exekutive über die Verbrauchererwartung zu übernehmen; denn ob Lebensmittel der Verbrauchererwar-

---

1) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 151 zu § 4, mit Nachw. d. Rspr.

2) Barfuss, Lebensmittel u. Ernährung 1966, Heft 6, S. 10 (11), der im übrigen erkennen läßt, daß eine derartige Gefahr, wie Beispiele in Österreich zeigen, durchaus gegeben ist (vgl. auch Prändl, Lebensmittel u. Ernährung 1966, Heft 6, S. 18 (19)).

3) Vgl. BVerfGE 18, 224 (237/238): "Es liegt in der Natur der Tätigkeit der höheren Gerichte, daß sie bei der Entscheidung der ihnen unterbreiteten Einzelfälle das Prinzipielle hervorheben und zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu gelangen suchen, an die die unteren Gerichte und die Verwaltungspraxis sich künftig bei der Behandlung gleichartiger Fälle halten können. Damit dienen sie der Einheit des Rechts (vgl. §§ 136 ff GVG) und so der Rechtssicherheit; sie üben keine Gesetzgebung aus, sondern erfüllen eine legitime richterliche Aufgabe".

tung entsprechen oder nicht, haben "letzten Endes die Gerichte zu entscheiden, und nicht die Verwaltung." [1]

Das Bayerische Staatsministerium des Innern unterstreicht diese Wirkung des Grundsatzes der Gewaltenteilung auf den Lebensmittelverkehr, wenn es die Aufstellung von Vorschriften über höchstzulässige Fett- und Wassergehalte in Wurstwaren durch Lebensmittelüberwachungsstellen für unzulässig erklärt. [2]

e) Bestimmtheitsgrundsatz

Wie bei der Normsetzung des Mißbrauchstatbestandes kann auch bei dem Erlaß von RVOen auf Grund des Verbotsvorbehalts auf die Verwendung von unbestimmten bzw. auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen nicht verzichtet

---

1) Barfuss, Lebensmittel u. Ernährung 1966, Heft 6, S. 10; vgl. im übrigen Prändl, Lebensmittel u. Ernährung, Heft 6, S. 18 (19), der auf Tendenzen österreichischer Untersuchungsanstalten hinweist, "über Gerichtsentscheidungen die allgemeine Verbindlichkeit einseitig erstellter Normen zu erreichen". In diesem Zusammenhang wurde von Barfuss, aaO., die Stellung der staatlichen Untersuchungsanstalten kritisch beleuchtet. Wenn nämlich die Gerichte ohne hinreichende Berücksichtigung freier Sachverständiger die gutachtlichen Auffassungen der staatlichen Untersuchungsanstalten zu unkritisch übernehmen, dann sind nach seiner Ansicht "letzten Endes materiell Anzeiger, Ankläger, Amtssachverständiger und Urteil weitgehend ident: Der Richter verkündet dann nur noch ein bereits von der staatlichen Anstalt gefälltes Urteil". Dieser Hinweis darf aber nicht dahingehend verstanden werden, daß ein Sachverständiger schon dann abgelehnt werden kann, wenn auf Grund seines Gutachtens Anzeige erstattet wird (vgl. KG LRE 1, 120 (122) unter Berufung auf BayObLGSt 51, 390).

2) Die Lebensmitteluntersuchungsstelle Griesbach hatte "Richtlinien" aufgestellt, denen das BayStMdI auf Eingabe des Fleischerverbandes Bayern (Rundschr. d. Fleischerverbandes Bayern Nr. 16 - 1962, Dr.A/E 1524 v. 15.10.62) jede rechtsverbindliche Wirkung abgesprochen hatte (vgl. Fettgehalt in Wurstwaren, Allg. Fleischer Ztg. Nr. 129 v. 27./28.10.62, S. 5).

werden. Zwar sind die RVOen auf Grund des § 5 LMG dazu vorgesehen, "die wirksame Durchführung" [1] zu sichern; der Schutz des Verbrauchers ist demgemäß desto wirksamer, je bestimmter die zu diesem Zweck erlassenen RVOen sind. Trotzdem läßt sich auch für einzelne Lebensmittel oder Lebensmittelgruppen die Gesundheitsschädlichkeit oder die Verbrauchererwartung in vielen Fällen nicht so bestimmt normieren, daß nicht "Sinn und Ausmaß" dieser Vorschriften "erst durch Auslegung ermittelt" [2] werden müßten. Ein derartiger Grad an Bestimmtheit ist aber selbst mit Art. 103 Abs. 2 GG noch vereinbar. [3] Schließlich muß man dem VOGeber die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mit der gleichen Begründung gestatten wie dem Gesetzgeber, [4] da der Normsetzungsgegenstand beide vor ähnliche Schwierigkeiten stellt.

Die gegen eine HygieneVO auf Grund von § 5 Nr. 1 LMG hinsichtlich der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe vorgetragenen Bedenken [5] bestehen also nicht grundsätzlich. Es sollte aber beim Erlaß von RVOen versucht werden, auf unbestimmte Rechtsbegriffe, wie "sauber", "unsauber", "hygienisch einwandfrei", "reinigen" usw. soweit wie möglich zu verzichten. [6]

---

1) Hieronimi, Anm. 1 zu § 5 LMG
2) BGH LRE 2, 10 (17)
3) s.S.47
4) s.S.47/48
5) Vgl. Haupt, Berliner u. Münchner Tierärztl. Wschr. 1957, S. 105 (106).
6) Statt dessen sollten genaue Vorschriften z.B. für die Art der Reinigung gegeben werden (Wassertemperatur, Desinfektionsmittel usw.).

II. Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt

§ 4 a Abs. 1 LMG verbietet die Verwendung von fremden Stoffen bei der Lebensmittelherstellung, § 4 b Nr. 1 und 2 die Verwendung von Antibiotika, um die Haltbarkeit des Fleisches zu beeinflussen, sowie von Oestrogenen und Thyreostatika, um die Beschaffenheit des Fleisches oder den Fleisch- und Fettansatz zu beeinflussen, und schließlich verbietet § 4 c Abs. 1 Satz 1 die Verwendung ionisierender und ultravioletter Strahlen zur Lebensmittelbehandlung. [1] Diese Verbote gelten aber nur soweit, als nicht Zulassungen durch RVO auf Grund der Ermächtigung der §§ 5 a und 5 c erfolgen oder Ausnahmen durch VA nach § 20 a LMG erteilt sind. Der Gesetzgeber trug mit dieser Neuregelung der Beunruhigung Rechnung, mit der die Bevölkerung die ständig zunehmende Verwendung von Fremdstoffen, [2] bestimmten biologischen und Strahlenbehandlungsverfahren verfolgte. Er begründete den partiellen Übergang vom Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt zum Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt wie folgt: "Die allgemeine Auffassung, gestützt auf neuere wissenschaftliche Erkenntnisse, geht dahin, daß die Lebensmittel auf diese Weise vielfach nicht nur ihrer Frische und Natürlichkeit beraubt werden, die der Verbraucher erwartet, sondern daß diese Stoffe auch für den menschlichen Körper unzuträglich, ja unmittelbar

1) Das Strahlenbehandlungsverbot richtet sich gegen Verfahren, "wonach Lebensmittel durch Behandlung mit ionisierenden oder ultravioletten Strahlen k o n s e r v i e r t werden können" (Amtl. Bgrdg., Bundestags-Drucks., 3. Wahlp.,Nr.316,S.9. Kreuzer (pers. Mitt.) will entgegen der Auffassung der amtl. Bgrdg. den Begriff "Strahlenkonservierung" nur auf die Verwendung von ionisierenden Strahlen anwenden, da UV-Strahlen nur ein sehr geringes Durchdringungsvermögen haben.

2) Übersicht über die wichtigsten vor der Neuregelung

(Fortsetzung)

gesundheitsschädlich sein können". [1] Da er der Meinung war, daß der Schutz des Verbrauchers mit den Mitteln des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt nicht länger gewährleistet werden könnte, hielt er statt dessen einen teilweisen Ersatz dieses Prinzips durch das Verbotsprinzip mit einem unterschiedlich ausgestalteten Erlaubnisvorbehalt für geboten. [2]

Ein allgemeines Verbot steht und fällt mit der Ausgestaltung des Erlaubnisvorbehaltes. Daher kann die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Verbotsprinzips nicht ohne Berücksichtigung des Erlaubnisvorbehalts untersucht werden. Erst nach Abschluß der verfassungsrechtlichen Überprüfung der Gesamtfigur können auch die auf Grund der verschiedenen Formen des Erlaubnisvorbehalts ergangenen Akte der Exekutive (RVOen und VAe) auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit im einzelnen überprüft werden.

1. Gesamtfigur

a) Berufsfreiheit

Der Lebensmittelhersteller wird durch Normen nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt in seiner Berufsfreiheit berührt. Sofern jedoch ein Mißbrauch der Be-

---

Fortsetzung:
gebräuchlichen Fremdstoffe bei Bergner, Dt. Lebensm. Rdsch. 1956, 90 ff und 1958, 55 ff; vgl. auch Hieronimi, Vorbem. 6 vor §§ 4 a - 4 e LMG.

1) Amtl. Bgrdg. zu § 4 a, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 8.

2) Vgl. ausländische Vorbilder für Verbote von Zusatzstoffen bei Waitz, Lebensmittelrechtliche Regelungen in 18 europäischen Staaten, S. 157 ff.

rufsfreiheit zu Lasten der Gesundheit der Verbraucher und der Redlichkeit des Lebensmittelverkehrs zu befürchten ist, [1] muß der Gesetzgeber die Möglichkeit der Mißbrauchsabwehr haben. "Entsprechend ihrem Aufgabenbereich, der Schaffung abstrakter und genereller Normen, liegt der Schwerpunkt der Reaktion der Legislative gegenüber dem Grundrechtsmißbrauch bei der Verhinderung zukünftiger Mißbrauchshandlungen." [2]

Zunächst wird eine Verbotsregelung im Hinblick auf die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des Lebensmittelherstellers wegen einer gewissen "Lähmungswirkung" [3] problematisch erscheinen. Da jedoch der Entfaltungsfreiheit im GG kein absoluter Vorrang eingeräumt worden ist, [4] verstößt eine Verbotsregelung nicht schon von vornherein gegen Art. 12 GG. Erst die Einzelfallabtastung [5] ergibt, inwieweit zum Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schäden und vor Übervorteilung bzw. Täuschung im Lebensmittelverkehr Verbote zulässig sind. Zwar statuiert die Verfassung, indem sie "Freiheiten in den Rang von Verfassungsnormen erhebt, ... ein an den Gesetzgeber gerichtetes Verbot, das Grundrecht - etwa durch zahlreiche Ausnahmen - dieses Verfassungsrangs zu berauben", [6] das hindert den Gesetzgeber jedoch nicht daran, dem Mißbrauch beruflicher Entfaltungsfreiheit zu Lasten anerkannt überrägender Gemeinschaftsgüter wie der Volksgesund-

---

1) Diese Schutzgüter sind verfassungsrechtlich anerkannt; s.S.36 ff
2) Gallwas, Mißbrauch, S. 119
3) Erler, Grundprobleme, S. 185
4) Vgl. v. Hippel, Grenzen, S. 18 Fußn. 21, m. Nachw., und S. 34/35.
5) Vgl. zum "grundrechtlichen Gebot der Abwägung im Einzelfall" BVerfGE 15, 288 (296); s. auch S.12
6) Häberle, Wesensgehalt, S. 42.

heit und der Redlichkeit im Lebensmittelverkehr vorzubeugen. Dabei ist der Wesensgehalt des Art. 12 GG solange nicht angetastet, als Regelungen der Berufsfreiheit zur Gewährleistung dieses Schutzzweckes notwendig sind. [1] Daher ist Ubers [2] Auffassung, ein generelles Verbot mache den "Grundsatz prinzipieller Freiheit beruflicher Betätigung zu einem Grundsatz prinzipieller Unfreiheit", in dieser allgemeinen Form nicht haltbar, da ja dem Art. 12 GG eine umfassende Regelungsmöglichkeit innewohnt. [3] Die "Lähmungsfunktion" [4] der Verbote im LMG wird schließlich durch den differenzierten Erlaubnisvorbehalt mehr oder weniger aufgehoben. Wirtschaftliche oder technologische Notwendigkeiten zwingen den Gesetzgeber "seine rein negative Haltung gegenüber dem verbotenen Aktionsbereich aufzugeben und eine bewegliche Apparatur zu schaffen", [5] nämlich die verschiedenen Formen des Erlaubnisvorbehalts anzuwenden. Die Sperrwirkung des Verbots weicht auf diese Weise einem System der "dosierten Freiheit". [6]

Grundsätzlich lehnt der Gesetzgeber die Verwendung von Fremdstoffen, bestimmten biologischen und Strahlenbehandlungsverfahren ab, ohne jedoch zu verkennen, daß sie teilweise "beim heutigen Stand der Versorgungslage und der Technik noch nicht völlig entbehrt werden können". [7] Da die zu billigenden und die zu

---

1) s.S.14/15
2) Freiheit, S. 133.
3) Rspr. des BVerfG besonders seit dem Apothekenurteil, BVerfGE 7, 377.
4) Erler, Grundprobleme, S. 186.
5) Erler, Grundprobleme, S. 186.
6) Huber, WVwR I, S. 38.
7) Amtl. Bgrdg., Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316 S. 10;
Völlig wird man auf diese Verfahren allerdings nie verzichten können; vgl. z.B. zur Notwendigkeit von Konservierungsstoffen Petzel, Ernährungsumschau 1962, 122/123; Butenandt, Ernährungswirtschaft 1956, 201.

mißbilligenden Teilbereiche des Lebensmittelverkehrs nicht schon beim Erlaß des ÄndErgGLMG vom 21.12.58 (BGBl. I S. 950) zu übersehen waren, [1] und der Vorbehalt gerade den sich ändernden wissenschaftlichen Erkenntnissen und technischen Entwicklungen Rechnung tragen soll, mußte der Verbotsbereich zunächst weiter ausgedehnt werden, als es bei Berücksichtigung aller Einzelumstände in concretu erforderlich sein würde. [2] Die Verbote der §§ 4 a ff LMG wurden daher korrigierbar gestaltet. [3]

Nun bedeutet es aber nicht nur einen gesetzestechnischen Unterschied, ob der Erlaubnisvorbehalt als Zulassungsvorbehalt (§§ 5 a, 5 c LMG), Ausnahmevorbehalt (§ 20 a LMG) oder Genehmigungsvorbehalt (§ 5 Nr. 2 LMG) konstruiert ist; vielmehr wird die Berufsfreiheit des Lebensmittelherstellers durch die unterschiedlichen Konstruktionen auch entsprechend unterschiedlich betroffen.

Die innerhalb der Ermächtigung des § 5 Nr. 2 LMG enthaltene Möglichkeit zum Erlaß von VerbotsVOen, die gleichzeitig einen G e n e h m i g u n g s v o r b e h a l t aufweisen müssen, erlaubt eine vorbeugende Kontrolle bestimmter beruflicher Betätigungs-

---

1) Nur eine sehr kleine Zahl von Stoffen, die ihrer chemischen Natur nach unter die Fremdstoffdefinition des § 4 a Abs. 2 LMG fallen würden, hat der Gesetzgeber selbst in § 4 a Abs. 4 ausgeklammert.

2) Krüger, DÖV 1956, 550 (553): "Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verbietet mehr als von vornherein beabsichtigt ist." v. Bieberstein, Ernährungswirtschaft 1961, 286 (287): "Das Fremdstoffverbot ist ein Verbot, das von vornherein darauf abgestellt ist, durch Erlaß von Rechtsvorschriften praktikabel gestaltet zu werden."

3) Isay in: Schmidt-Rimpler-Festschr., S. 403 (427); Krüger, DÖV 1956, 550 (553); Huber, WVwR I, S. 70.

felder. Gewinnung, Herstellung und Vertrieb bestimmter Arten von Lebensmitteln, die ein "erhöhtes Maß von Sachkenntnis, Erfahrung und Zuverlässigkeit oder besondere technische Einrichtungen erfordern", [1] will der Gesetzgeber nicht generell als gewissermaßen an sich unerwünschte oder gemeinschaftsschädliche Betätigung unterdrücken. In der Ermächtigung des § 5 Nr. 2 LMG eröffnet er nur die Möglichkeit des Verbots zur präventiven Kontrolle. Derartige Verbote haben "insbesondere keine diskriminierende, sondern eine bloße Ordnungsfunktion". [2] Das Verbot mit Genehmigungsvorbehalt dient im wesentlichen "der Kontrolle des Vorliegens normativer Voraussetzungen personeller oder sachlicher Art", [3] wie z.B. der "notwendigen hygienischen Voraussetzungen" für Betriebe, die Enteneier [4] und Eiprodukte [5] verarbeiten oder Blutplasma gewinnen wollen. [6]

---

1) Amtl. Bgrdg., abgedr. bei Holthöfer-Juckenack-Müse I, Rdnr. 16 zu § 5 LMG.
2) Huber, WVwR I, S. 698.
3) Bachof in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner III/1, S. 220.
4) § 2 Abs. 2 der EnteneierVO v. 25.8.54 (BGBl. I S. 265) i.d.F.v. 17.12.56 (BGBl. I S. 944).
5) § 3 Abs. 1 der SalmonellenVO v. 17.12.56 (BGBl. I S. 944).
6) §§ 2 Abs. 1 und 3 BlutplasmaVO v. 14.9.39 (RGBl. I S. 1774) i.d.F.v. 19.12.59 (BGBl. I S. 726)
Daß aber selbst die Einführung einer vorbeugenden Kontrolle umstritten sein kann, zeigt die Diskussion um den Erlaubnisvorbehalt im MilchG v. 31.7.30 (RGBl. I S. 421): "Die Frage der Bindung des Betriebes zur Abgabe von Milch an einen gewerbepolizeilichen Erlaubnisvorbehalt hat einen lebhaften Meinungsstreit in dem mit der Beratung betrauten Reichstagsausschuß hervorgerufen. Ein Vertreter der Preußischen Regierung nahm gegen jegliche Konzessionierung im Milchhandel Stellung und verlangte anstatt dessen gewerbepolizeiliche Anzeigepflicht zwecks Ermöglichung der Kontrolle." Gleichzeitig machte er differenzierte Kontrollvorschläge (Leffmann u. Pennemann, Vorbem. zu § 14 - 18 MilchG).

Das Ermessen der zuständigen Genehmigungsbenörde ist hier sehr eng bzw. entfällt völlig, wenn das Vorliegen hygienischer Anforderungen direkt meßbar ist, z.B. bei der Prüfung nach § 2 Abs. 2 EnteneierVO, ob nämlich bei den Backeinrichtungen eine die "ganze Masse" der Backwaren "durchdringende Erhitzung auf 100 Grad C mindestens 10 Minuten" lang gewährleistet ist. Bei der Führung des Nachweises dieser Voraussetzungen hat der Hersteller "ein subjektives öffentliches Recht - das durch das generelle Verbot nur überlagerte Grundrecht (der Berufsfreiheit) - auf die Erlaubnis". [1] In derartigen Fällen ist also "die Abweicherlaubnis nicht in das Ermessen der Verwaltung gestellt" und ihre rechtlichen Wirkungen treten "wie bei jedem gewöhnlichen Rechtssatz mit dem Vorliegen der Voraussetzungen ein. Der Verwaltungsrichter oder der Verwaltungsbeamte, die eine solche Vorschrift anwenden, prüfen dabei lediglich durch Subsumption eines konkreten Sachverhaltes unter den Tatbestand, wie die Rechtslage ist, d.h. ob eine" Genehmigung zu erteilen ist. [2] Auch das BVerfG hat "Genehmigungsverfahren für zulässig gehalten, um im öffentlichen Interesse zu klären, ob das Verhalten des Staatsbürgers rechtmäßige Grundrechtausübung ist oder ob er sich zu Unrecht auf ein Grundrecht beruft..." [3]

Besonders für die Fälle, in denen der Verwaltungsbehörde im Rahmen des Genehmigungsvorbehalts kein Ermessen eingeräumt ist, scheint - bei oberflächlicher Betrachtung - die Berufsfreiheit kaum stärker berührt als bei Regelungen nach dem Mißbrauchsprinzip

---

1) Dürig, AöR 81, 117 (150).
2) Richter, DÖV 1959, 290 (292).
3) BVerfGE 8, 71 (76); vgl. auch BVerfGE 2, 266 (279 ff); 6, 32 (42); 9, 83 (86 ff).

mit Verbotsvorbehalt (soweit davon durch Einzeleingriff Gebrauch gemacht wird), obwohl es sich im ersten Fall um eine Berufsfreiheitsregelung der zweiten und im zweiten um eine Regelung der ersten Stufe handelt. Eine Gleichstellung der beiden Regulativfiguren ist jedoch nicht gerechtfertigt, denn durch die Genehmigung wird die zu weit vorgeschobene Verbotsfront "nicht einfach aus der Welt geschafft, sondern nur in ihren Wirkungen gemildert". [1]

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß, solange "die vorbehaltene Erlaubnis nicht erteilt ist, ... sich das Verbot als eine unbedingte Sperre auswirkt". [2] Zur Überwindung dieser "unbedingten Sperre" hat der Hersteller erst ein Genehmigungsverfahren "samt der Möglichkeit von Fehlentscheidungen in Gang zu setzen", dazu kommt u.U. das "Angewiesensein auf Ermessensentscheidungen oder einen weiten Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Gesetzesbegriffen, das Verbotenbleiben bei Unterlassung einer möglichen Erlaubniserwirkung" und schließlich noch eine "Beweislastverkehrung". [3] Gerade die sog. Beweislastverkehrung bzw. Beweislastumkehr oder -verschiebung ist häufig als wichtigstes Abgrenzungskriterium zwischen Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt und Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt angesehen worden. [4] Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß es im Verwaltungsverfahren keine Beweislast im strengen Sinne gibt. Trotz der Tatsache, daß den Lebensmittelher-

---

1) Lerche, Übermaß, S. 186.
2) Huber, WVwR I, S. 71.
3) Lerche, Übermaß, S. 186, m. Nachw.; vgl. auch Geiger, Schranken, S. 18.
4) Erler, Grundprobleme, S. 186: "Der praktische Unterschied zwischen beiden Formen liegt wesentlich in der Verschiebung der Beweislast"; vgl. auch Krüger, DÖV 1956, 550 (554); Geiger, Schranken, S. 15/16.

steller als Antragsteller "das volle Risiko der Unbeweisbarkeit seiner Behauptungen treffen" muß, [1] wird jedoch die Bedeutung einer Beweislastumkehrung durch die im Verwaltungsverfahren geltende Offizialmaxime in gewissem Umfang eingeschränkt. [2] Richtiger wird es daher sein, die Beweislastumkehrung nicht zu überschätzen und sie innerhalb eines Bündels von verfahrensmäßigen Belastungen zu sehen, [3] die der Hersteller bei Normen nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt i.S.d. Genehmigungsvorbehalts nach § 5 Nr. 2 LMG zu tragen hat.

RVOen nach dem Verbotsprinzip mit Genehmigungsvorbehalt verstoßen gegen Art. 12 GG, wenn sie als "übermäßig belastende und nicht zumutbare" Belastungen der Hersteller anzusehen sind. [4] Der Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsschäden und vor Übervorteilung bzw. Täuschung im Lebensmittelverkehr ist, wie bereits ausgeführt, [5] bei besonders leicht verderblichen und zur Täuschung geeigneten Lebensmitteln durch Vorschriften allein nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt nicht immer zu gewährleisten. Daher wurde in die Ermächtigung zu VerbotsVOen nach § 5 Nr. 2 LMG zusätzlich ein Erlaubnisvorbehalt eingefügt. Es kann dahingestellt bleiben, ob "die stärkste Einschränkung eines Berufs ... das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" ist; [6] denn bei beruflichen Betätigungen, die in besonderem Maße Schutzgüter der Gemeinschaft gefährden, die also "störungsträchtig" sind, muß auch

---

1) v.Köhler, DVBl. 1957, 73 (76); vgl. auch Krüger, DVBl. 1956, 550 (554).
2) Gieseke, DÖV 1958, 324 (328/329).
3) So Lerche, Übermaß, S. 186.
4) BVerfGE 7, 377 (406).
5) s.S. 64 f
6) Krüger, DVBl. 1950, 625 (628).

die Ermächtigung zur Einführung eines "Konzessionszwanges" [1] mit Art. 12 GG vereinbar sein. [2]

Im Gegensatz zu der Regelung des § 5 Nr. 2 LMG "riegelt" der Gesetzgeber mit den §§ 4 a ff LMG "im Wege des allgemeinen Verbotes eine Grenze ab und läßt nur diejenigen Ausnahmefälle durchgehen, die seinem Ermessen nach unschädlich oder sogar nützlich sind. Dabei hat er für ganze Gruppen unbedenklicher Ausnahmen das Mittel der Allgemeingenehmigung entwickelt, während der nur konkret im einzelnen Fall zu entscheidende Rest unter die Sondergenehmigung fällt". [3] Unter den Allgemeingenehmigungen sind im Hinblick auf das LMG die ZulassungsRVOen auf Grund der §§ 5 a, 5 c LMG und unter den Sondergenehmigungen die Ausnahmen nach § 20 a LMG zu verstehen. Stärker als das Verbot mit Genehmigungsvorbehalt wirkt das Verbot mit Z u l a s s u n g s - und A u s n a h m e v o r b e h a l t präventiv, d.h. der Gesetzgeber will auf diese Weise aus Gründen eines vorbeugenden Verbraucherschutzes bestimmte Formen beruflicher Betätigung "grundsätzlich unterbinden". Den vom Zulassungs- oder Ausnahmevorbehalt gebrauchmachenden Verwaltungsbehörden ist daher ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. [4] Die Schutzgüter der Volksgesundheit und der Redlichkeit im Lebensmittelverkehr müssen aber auch weitgehend präventive Regelungen der Berufsfreiheit zulassen, soweit sie dem Lebensmittelhersteller "zumutbar" sind und ihn nicht "übermäßig belasten". [5]

---

1) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 16 zu § 5 LMG.
2) So auch BVerfGE 8, 71 (76); vgl. auch BVerfGE 2, 266 (279 ff); 6, 32 (42); 9, 83 (86 ff).
3) Erler, Grundprobleme, S. 186/187.
4) Bachof in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner III/1, S. 221; vgl. auch Huber, WVwR I, S. 71, und AöR 78, 113; Mayer, Dt. VerwR I, S. 252/253; Thoma, VerwArch. 32, 247 (248); Krüger, DÖV 1958, 673 (676).
5) BVerfGE 7, 377 (406).

Daraus folgt für die Wahl zwischen Mißbrauchs- und Verbotsvorbehalt folgende Regel: "Zu dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt darf ein gemäß Art. 12 GG die Berufsausübung regelndes Gesetz nur greifen, wenn dieses stärkste Mittel zur Abwehr der Gefahren von den Schutzgütern unerläßlich ist .... In allen anderen zweifelhaften Fällen kommt allenfalls die Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt in Betracht". [1]

Der Gesetzgeber begründete die Einführung des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt für Fremdstoffe, bestimmte biologische und Strahlenbehandlungsverfahren mit der Unmöglichkeit, besonders den Gesundheitsschutz des Verbrauchers nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt zu sichern. [2] Die vom Gesetzgeber (für den Lebensmittelverkehr) als unüberwindlich angesehenen Schwierigkeiten, einen Mißbrauchstatbestand mit hinreichender Wirksamkeit für den Schutz bestimmter Rechtsgüter festzulegen, [3] will Geiger [4] dadurch lösen, daß er den Mißbrauch als "identisch mit der ungerechtfertigten Berufung auf ein Grundrecht zur Rechtfertigung eines bestimmten Verhaltens" ansieht. Dabei soll jede Konkretisierung, soweit sie überhaupt nötig ist, "nur beispielhaften Charakter tragen". Nun steht außer Frage, daß ein Mißbrauch von Grundrechten

---

1) So Krüger, DVBl. 1950, 625 (629), der diese Forderung als Ausdruck des "Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit" versteht; vgl. Gieseke, DÖV 1958, 324 (331), und Uber, Freiheit, S. 71: "Die staatliche Gemeinschaft hat gewisse Rechtsgüter zu erhalten und zu sichern. Der Gesetzgeber hat daher zu berücksichtigen, ob die Gemeinschaft der beabsichtigten gesetzlichen Maßnahme bedarf." Die Frage des Gesetzgebungsbedürfnisses dürfte sowohl auf das "ob" als auch auf das "wie" der beabsichtigten gesetzlichen Maßnahme zu beziehen sein.

2) Vgl. amtl. Bgrdg. zu § 4 a, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 8

3) Womit sich eine Regelung nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt erübrigen würde.

4) Schranken, S. 22.

keinen Grundrechtsschutz genießt; [1] für die konkrete Feststellung aber, ob z.B. ein Fremdstoff die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet (§ 3 LMG) oder überhaupt gesundheitlich bedenklich ist, [2] dürfte Geigers Vorschlag kaum praktischen Wert haben. Für viele Zusatzstoffe ist nach dem heutigen Stand der Untersuchungsmethoden noch keine befriedigende Möglichkeit gefunden, die Eignung zur Gesundheitsschädlichkeit oder gesundheitliche Bedenklichkeit schnell und sicher nachzuweisen. [3]

Auch wenn man den Zusatz von Fremdstoffen als Verfälschung i.S.d. § 4 Nr. 1 LMG ansieht, [4] ist dabei zu bedenken, daß nach § 4 Nr. 2 LMG fremdstoffhaltige Lebensmittel bei ausreichender Kenntlichmachung in Verkehr gebracht werden dürfen. Selbst wenn versucht würde, durch VerbotsVOen nach § 5 Nr. 5 i.V.m. § 4 Nr. 2 LMG das Inverkehrbringen auch bei Kenntlichmachung zu verbieten, um so die Verwendung von Fremdstoffen einzudämmen, so könnten damit immer nur einzelne Lebensmittel erfaßt werden, da der VOGeber bei einer generellen Verbotsregelung unzulässigerweise über die Ermächtigung des § 5 Nr. 5 LMG hinausgehen

---

1) Gallwas, Mißbrauch, S. 118.
2) Voraussetzung für eine VerbotsVO nach § 5 Nr. 1 LMG
3) Vgl. Butenandt, Ernährungswirtschaft 1956, 201; Außerdem haften den Versuchsmöglichkeiten noch eine Unzahl von Mängeln an. Nur schwierig lassen sich daher Dosierungsgrenzen feststellen; ebenso läßt sich nicht voraussehen, inwieweit gegenseitige chemische und physiologische Beeinflussungen verschiedener Stoffe auftreten können, die geeignet sind, gesundheitlich bedenkliche Reaktionen auszulösen, die sich in Allergien, unklaren Krankheitsbildern im Verdauungstrakt und in allgemeiner Herabsetzung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens manifestieren können; vgl. auch Haupt, Ernährungswirtschaft 1956, 159.
4) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 2 ff zu § 4 e LMG, mit Nachw.

und § 4 Nr. 2 LMG aushöhlen würde. [1] Ebensowenig ermächtigt § 5 Nr. 1 den VOGeber, zum Schutz der Gesundheit die Grundregel des § 3 LMG durch eine allgemeine VerbotsVO gewissermaßen zu umgehen und von der repressiven auf die präventive Mißbrauchsbekämpfung überzugehen. [2] Durch zulässige EinzelverbotsVOen wäre es aber schon rein technisch "nicht möglich, alle pharmakologischen Analogismen, Summationswirkungen usw. ... erschöpfend auszuschließen". [3]

Damit kann die Einfügung der §§ 4 a ff i.V.m. 5 a ff LMG in das System des LMG durchaus nicht als Ausdruck einer "Phantasielosigkeit und Trägheit der staatlichen Bürokratie" [4] angesehen werden. Das Verbot dient auch nicht nur "allgemeinen Organisations- und Ordnungszwecken", [5] vielmehr ist es, wie dargestellt wurde, der Exekutive gar nicht möglich, für jeden neu entwickelten Zusatzstoff die gesundheitliche Bedenklichkeit hinreichend schnell zu beurteilen. Da letztlich immer die Gefahr besteht, daß durch nicht vorhersehbare Summationen und Kumulationen von Fremdstoffen (selbst wenn sie für sich allein unschädlich sind) die menschliche Gesundheit gefährdet oder sogar geschä-

---

1) s.S.83
2) s.S.83
3) Haupt, Ernährungswirtschaft 1956, 159; vgl. auch Zipfel, BB 1959, 19 (20); Forschbach, NJW 1959, 457.
4) Erler, Grundprobleme, S. 185, der fortfährt: "Nichts ist letztlich einfacher für den Staat, als bestimmte Lebensbeziehungen zu verbieten und damit Aufgaben der Gestaltung für den Staat auf diesem Gebiet zu leugnen."
5) Lerche, Übermaß, S. 187
Diese allein würden seine Einführung noch nicht rechtfertigen, obwohl sich "vom Standpunkt der Effizienz aus ... möglichst viele und möglichst weitgehende Verbote zu empfehlen" scheinen (Krüger, DÖV 1956, 550 (554)); die Einführung des Verbotsprinzips lediglich zur Arbeitserleichterung und Kostenersparnis für die Behörden ist unzulässig (Krüger, DÖV 1958, 673 ff).

digt wird, sind weder das Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt, noch die "mildeste" Form des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt, nämlich ein Genehmigungsvorbehalt, entsprechend § 5 Nr. 2 LMG geeignet, den Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schädigungen zu gewährleisten. Die Gründe, die den Gesetzgeber im Hinblick auf den Gesundheitsschutz der Verbraucher zur Einführung des Fremdstoffverbots bewogen hatten, gelten in ähnlicher Form auch für das Verbot bestimmter biologischer und der Strahlenbehandlungsverfahren. [1] Dabei ist allerdings ein Wandel in der Beurteilung der Hormonbehandlungsverfahren zu berücksichtigen. Während der Gesetzgeber zunächst glaubte, die Fütterung von Oestrogenen und Thyreostatika tolerieren zu können, hat er durch das ÄndG zum ArzneimittelG v. 23.6.64 (BGBl. I S. 365) den Verbotsbereich des § 4 b Nr. 2 LMG um die orale Applikationsform erweitert, um gewissermaßen die noch verbliebene Lücke im Oestrogen- und Thyreostatikaverbot zu schließen. [2]

Daher bestehen also grundsätzlich keine Bedenken gegen ein Verbot von Fremdstoffen, bestimmten biologischen und Strahlenbehandlungsverfahren als zulässige Regelung der Berufsfreiheit, sofern mit den Mitteln des Zulassungs- und Ausnahmevorbehalts gesichert ist, daß der Hersteller nicht übermäßig und in unzumutbarer Weise belastet wird. [3]

---

1) Vgl. amtl. Bgrdg. zu § 4 b und c, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 9.

2) Die Diskussion um die Hormonmast ist noch nicht abgeschlossen, zumal im Ausland z.T. noch ein großer Teil der Rinder mit Hilfe der Oestrogenmast zur Schlachtreife gebracht wird (vgl. dazu Karg, Berliner u. Münchner Tierärztl. Wschr. 1962, 124 (125)).

3) BVerfGE 7, 377 (406)
Neben dem Zulassungsvorbehalt des § 5 a LMG stellt § 5 c LMG ein Korrektiv des Verbots dar (Krisenregelung), vgl. Kloesel-Sperlich-Bergner, Erl. 2 zu § 5 c LMG.

Nun kann aber das Verbotsprinzip mit Zulassungsvorbehalt tatsächlich eine "Lähmungswirkung" [1] entwickeln. Das wird z.B. dann besonders deutlich, wenn das Verbot in Kraft gesetzt wird, ohne daß gleichzeitig gesundheitlich unbedenkliche und technologisch unverzichtbare Zulassungen erfolgen. Solange also vom Zulassungsvorbehalt trotz dringender technologischer Notwendigkeiten [2] und gleichzeitiger gesundheitlicher Unbedenklichkeit vom VOGeber kein Gebrauch gemacht wird, ist ein insoweit nicht funktionierendes Verbotsprinzip mit Zulassungsvorbehalt mit Art. 12 GG nicht vereinbar. Ein warnendes Beispiel ist in dieser Hinsicht die Geschichte des Gesetzes über den Verkehr mit Düngemitteln vom 14.8.62 (BGBl. I S. 558), das ein Verbot mit Zulassungsvorbehalt enthält. [3] Nach

---

1) Erler, Grundprobleme, S. 186.

2) Schließlich waren die technologischen Notwendigkeiten das Motiv für die Einführung des Zulassungsvorbehalts (amtl. Bgrdg. zu § 5 a Abs. 1, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 10); zur Notwendigkeit des Erlasses von ZulassungsVOen vgl. Kraak, Ernährungswirtschaft 1957, 109 (114); Weiss, Ernährungswirtschaft 1957, 36; Bast und Klein, Ernährungswirtschaft 1961, 5/6; v. Bieberstein, Ernährungswirtschaft 1961, 286 (287): "Das Fremdstoffverbot ist ein Verbot, das von vornherein darauf abgestellt ist, durch Erlaß von Rechtsvorschriften praktikabel gestaltet zu werden."

3) Die tragenden Motive dieses Gesetzes sind (ähnlich denen des LMG) der Schutz vor Übervorteilung sowie der Schutz der Gesundheit von Menschen und Haustieren. Der Gesetzgeber hat daher den VOGeber ermächtigt, einen positiven Katalog von zugelassenen Düngemitteln aufzustellen. Dazu heißt es in der amtl. Bgrdg. (Bundestags-Drucks., IV/287): "Aus volkswirtschaftlichen Gründen darf er nur solche Düngemitteltypen zulassen, die das Wachstum, den Ertrag oder die Qualität von Nutzpflanzen wesentlich zu fördern geeignet sind, ohne - bei sachgerechter Anwendung - die Gesundheit von Menschen oder Haustieren zu schädigen. Unter diesem Gesichtspunkt ist daran gedacht, die Düngersorten, die sich schon lange bewährt haben, als Typen zuzulassen. Im übrigen wird die Zulassung von entsprechenden Prüfungsergebnissen (Analysen, Vegetationsversuchen und dergl.) abhängen..."

§ 10 DüngemittelG trat das Verbot mit dem 14.11.62 (§§ 3 und 4 Abs. 2 erst am 15.8.63) in Kraft. Die erste ZulassungsVO lag aber noch ein Jahr beim Bundesrat. Zwar waren die wirtschaftlichen Werteigenschaften der vorgesehenen Düngemitteltypen bereits ermittelt worden, die Überprüfung auf Gesundheitsschädlichkeit für Menschen und Haustiere konnte aber nicht rechtzeitig abgeschlossen werden. Das hatte zur Folge, daß die erste VO über die Zulassung von Düngemitteln erst am 21.11.63 (BGBl. I S. 805) erlassen wurde. Solange war das DüngemittelG wegen seiner absoluten "Lähmungswirkung" mit Art. 12 GG nicht vereinbar. [1]

Auch bei der Einführung des Fremdstoffverbots mit Zulassungsvorbehalt war die Notwendigkeit gegeben, den Zusatz von unverzichtbaren fremden Stoffen über den 23.12.59 hinaus [2] zu ermöglichen. "Durch äußerste Anstrengungen aller beteiligten Stellen konnte der zeitliche Anschluß gerade noch erreicht werden." [3] Die häufigen Änderungen dieser ersten ZulassungsVOen zeigen jedoch, daß ihre unter Zeitdruck zustande gekomme-

---

1) Damit ergab sich folgende Situation: nach dem DüngemittelG waren nur Düngemittel, die den TypenVOen entsprachen, im Inland zugelassen. Da derartige RVOen bis zum November 1963 nicht erlassen worden waren, andererseits die Landwirtschaft jedoch auf Düngemittel nicht verzichten konnte, herrschte über ein Jahr lang für den Düngemittelverkehr der Zustand einer "geduldeten" Illegalität. (Zum DüngemittelG und seiner Durchführung vgl. Schmitz, Berichte über Landwirtsch. 1964, 848).

2) Das ÄndErgGLMG v. 21.12.58 ist am 24.12.58 (am Tage nach seiner Verkündung), die wichtigsten Verbote und die entsprechenden Strafvorschriften sind erst ein Jahr nach der Verkündung des Gesetzes, d.h. am 24.12.59 in Kraft getreten.

3) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Geschichtliche Einleitung, S. 29, wo auch die am 23.12.59 in Kraft getretenen elf ZulassungsVOen angeführt sind.

ne Fassung zumindest teilweise unvollkommen war. Diese Mängel mußten allerdings in Kauf genommen werden, um einen verfassungswidrigen Zustand zu vermeiden, wie er bei den Düngemitteln bestanden hatte.

Eine "Lähmungswirkung" [1] des Verbots mit Zulassungsvorbehalt ergibt sich auch dadurch, daß dem Lebensmittelhersteller innerhalb des Zulassungsvorbehalts der §§ 5 a ff LMG keine Möglichkeit eingeräumt wird, die Verordnungsgebung förmlich in Gang zu setzen, wenn er ein nach seiner Auffassung unbedenkliches Verfahren für die Lebensmittelherstellung entwickelt hat, das unter die Verbote der §§ 4 a ff LMG fällt. Zwar kann er den für die Zulassung zuständigen Ministerien Anregungen geben, aber er kann keine Zulassung durch RVO erzwingen, selbst wenn es ihm gelingen sollte, die gesundheitliche Unbedenklichkeit eines Stoffes oder Behandlungsverfahrens zweifelsfrei nachzuweisen. Daher wird er sich möglicherweise scheuen, aufwendige Forschung zu betreiben, deren Nutzbarkeit sehr zweifelhaft ist. Schließlich räumt ihm der Zulassungsvorbehalt des § 5 a LMG auch nicht die Möglichkeit ein, förmliche Anträge für große "Feldversuche" (auf dem Markt) zu stellen, die für die Forschung auf dem Gebiet der Lebensmittel letztlich unerläßlich sind. [2] Damit ist bei einem Verbot, das lediglich einen Zulassungsvorbehalt enthält, die Initiative in der Weiterent-

---

1) Erler, Grundprobleme, S. 186.
2) Feldversuche kommen immer erst in Frage, wenn die Unschädlichkeit des zu testenden Verfahrens bereits hinreichend erwiesen ist und nur die technologische Brauchbarkeit geprüft sowie u.U. letzte Zweifel an der allgemeinen Verträglichkeit beseitigt werden sollen, da selbst mit umfangreichen Tierversuchen nur bis zu einem gewissen Grade die Verhältnisse beim Menschen nachgeahmt werden können.

wicklung der Lebensmitteltechnologie weitgehend auf den Staat beschränkt, der durch RVO neue Zusätze und Verfahren zulassen kann. Ein derartiger "Entwicklungsstop" [1] wäre für die Lebensmittelwirtschaft nicht mehr als zulässige Regelung der Berufsfreiheit anzusehen. Die Eigeninitiative im Entwicklungs- und Forschungsbereich kann auch auf Gebieten, die einen besonderen Schutz der Gesundheit der Verbraucher erfordern, unter Berufung auf den Gesundheitsschutz nicht völlig ausgeschlossen werden. Das gilt besonders dann, wenn durch staatliche Kontrollen gewährleistet werden kann, daß durch die Entwicklungs- und Forschungsinitiative des Lebensmittelherstellers Gesundheitsschädigungen der Verbraucher praktisch vermieden werden können. [2]

Der wirtschaftlichen Eigeninitiative in Entwicklung und Forschung trägt der Ausnahmevorbehalt des § 20 a LMG Rechnung, der zu Versuchszwecken Ausnahmen von den Verboten der §§ 4 a, 4 b, 4 c Abs. 1 und 4 e Nr. 1 und 4 LMG, ferner von § 4 Nr. 2 und 3 LMG sowie den auf Grund der §§ 4 c, 4 d, 5 Nr. 2 bis 7 und 5 a Abs. 1 Nr. 2, 3 und 5 und Abs. 2 erlassenen RVOen vorsieht. In seiner zweiten Alternative berücksichtigt der Ausnahmevorbehalt technologische Sonderanforderungen. [3] Die Erteilung der Ausnahmen ist nach § 20 a Abs. 1 LMG in das Ermessen der nach § 20 b Abs. 1 LMG zuständigen

---

1) Hamann, WVfR, S. 122.
2) Zur Bedeutung der Eigeninitiative in der Wirtschaft vgl. Isay, WuW 1954, 100 (101); Strickrodt, NJW 1956, 809 (811); Geiger, Schranken, S. 19; Scheuner in: Reinhardt-Scheuner, S. 72, und schließlich wohl auch alle Autoren, die eine absolute Planwirtschaft, die ja die wirtschaftliche Eigeninitiative weitgehend ausschließt, als mit dem GG nicht vereinbar ansehen (Nachw. bei Uber, Freiheit, S. 148 ff).
3) Herstellung von Sonderverpflegungen, die extreme Haltbarkeitsanforderungen erfüllen müssen (§ 20 a Abs. 2 Nr. 2 LMG)

Verwaltungsbehörden gestellt. Hamann fordert jedoch unter Berufung auf Art. 12 GG, daß "vielmehr ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung" anerkannt werden müsse, "wenn dadurch die Volksgesundheit nicht gefährdet" werde. [1] Hamanns Auffassung erscheint zu eng, denn sie berücksichtigt nur die Volksgesundheit als besonderes Schutzgut, das einen Ermessensspielraum der Verwaltungsbehörden rechtfertigen würde. Der Schutz des Verbrauchers vor Übervorteilungen bzw. Täuschungen im Lebensmittelverkehr zählt aber auch zu den Schutzgütern der Gemeinschaft, die berufsfreiheitsregelnde Vorschriften zulassen. [2] Hamanns vielleicht etwas überspitzt formulierte Forderung sollte dahingehend verstanden werden, daß die Verwaltungsbehörden um so freizügiger Ausnahmen erteilen müssen, je weniger die Möglichkeit besteht, daß die Gesundheit des Verbrauchers betroffen werden kann, [3] daß aber auch in Fällen, in denen lediglich Ausnahmen von Vorschriften beantragt werden, die den Verbraucher vor Übervorteilung im Lebensmittelverkehr schützen sollen, die Ausnahmeerteilung in das Ermessen der Verwaltungsbehörden gestellt ist. Aber selbst wenn man Hamanns Forderung wörtlich versteht, müßte man den Ausnahmevorbehalt des § 20 a LMG noch als ausreichendes Korrektiv für das Verbotsprinzip mit Zulassungsvorbehalt der §§ 4 a ff i.V.m. §§ 5 a, 5 c LMG ansehen. Auch der Schutz des Verbrauchers vor Übervorteilung dient schließlich, wie bereits ausgeführt wurde, [4] zumindest mittelbar bis zu einem gewissen Grade dem Schutz der Volksgesundheit.

---

1) Hamann, WVfR, S. 122, im Anschluß an OVG Münster DVBl. 1956, 796 f.
2) s.S.37 ff
3) Je weitgehender der Hersteller in seiner Berufsfreiheit berührt wird, desto stärker müssen die zu schützenden Rechtsgüter sein, vgl. BVerfGE 13, 181 (186); 16, 147 (167); 17, 269 (276).
4) s.S.39/40

Die Einführung des Verbotsprinzips mit Zulassungsvorbehalt für Fremdstoffe, bestimmte biologische und Strahlenbehandlungsverfahren ist also "nicht etwa schon eine verfassungswidrige, weil übermäßige, nicht mehr zumutbare Belastung", [1] denn in diesem Bereich war der Schutz des Verbrauchers nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt nicht mehr gewährleistet. Gleichzeitig wurde durch die Möglichkeit der Ausnahmeerteilung zu Versuchszwecken ein restloser Entwicklungsstop vermieden.

b) Eigentumsfreiheit

Die partielle Umstellung vom Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt auf das Verbotsprinzip mit Zulassungs- und Ausnahmevorbehalt war für die Lebensmittelwirtschaft mit z.T. erheblichen Kosten verbunden. Wie bereits am Beispiel der VerbotsVOen dargestellt, [2] muß sich jedoch Eigentum, das die latente Gefahr der Gesundheitsschädigung in sich birgt, besondere Bindungen gefallen lassen, selbst wenn eine konkrete Gefahr nicht immer gegeben ist. Im übrigen hatte der Gesetzgeber sich bemüht, einen abrupten Wechsel der Prinzipien zu vermeiden. Nach Art. 9 ÄndErgGLMG traten die §§ 4 a ff LMG erst ein Jahr nach dem ÄndErgGLMG in Kraft. Damit war den Herstellern eine Frist zur Anpassung an die geänderte Rechtslage gegeben. Für einige Zweige der Lebensmittelindustrie wie z.B. die Fischkonservenindustrie wurde diese Anpassungszeit durch befristete Zulassungen [3] noch erheblich verlängert. [4]

---

1) BVerfGE 9, 338 (345).
2) s.S.72
3) § 8 KonservierungsstoffVO v. 19.12.59 (BGBl. I S. 735)
4) Vgl. auch § 10 FruchtbehandlungsVO v. 19.12.59 (BGBl. I S. 751) i.d.F.v. 23.7.63 (BGBl. I S. 537); Näheres bei Zipfel, Rdnr. 1 ff zu § 10 FruchtbehandlungsVO.

Aber selbst dann wird das Verbot von Zusatzstoffen noch durch den Gedanken des Verbraucherschutzes im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums gerechtfertigt, wenn z.B. ein Konservierungsstoff mit erfaßt wird (auf dessen Gebrauch eine Gruppe von Herstellern in ihren Produktionsmethoden im wesentlichen angewiesen war) und damit den betroffenen Herstellern die bisherigen Produktionsmöglichkeiten praktisch entzogen wurden. "Das aus gesundheitlichen Gründen ausgesprochene Verbot der Verwendung von Borsäure zur Konservierung von Krabben ... hatte, wenn auch nur bei einem sehr kleinen Teil der Bevölkerung einschneidende Folgen: Der Krabbenfang wurde an der Nordseeküste von einigen hundert Familien mit zum Teil völlig veralteten Methoden betrieben und sicherte diesen Familien häufig gerade nur ein Existenzminimum; das Verbot der Borsäure drohte, da es den Versand der Speisekrabben in das Binnenland behinderte, hier tatsächlich existenzvernichtend zu wirken." [1] Anders als bei Hexamethylentetramin waren die gesundheitlichen Bedenken gegen Borsäure so stark, daß eine Auslauffrist zur Erleichterung der Produktionsumstellung nicht zu vertreten war. [2] In diesem Fall hat der Staat allerdings aus wirtschaftspolitischen Gründen Subventionen gewährt, "um den Krabbenfischern eine Umstellung auf bessere Fang- und Verarbeitungsmethoden zu ermöglichen und die Aufrechterhaltung der Betriebe für eine Übergangszeit zu gewährleisten. Mit öffentlichen Mitteln geförderte Forschungsarbeiten brachten Ergebnisse, durch die es möglich wurde, heute wieder Krabben in das Binnenland zu versenden, ohne daß Borsäure verwendet wird". [3]

---

1) Krusen, Dt. Lebensm.-Rdsch. 1963, 18 (19)
2) Für derart "störungsträchtiges" Eigentum liegen allgemeine Verbote im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums; s.S.72
3) Krusen, Dt. Lebensm.-Rdsch. 1963, 18 (19)

c) Gleichheitsgrundsatz

Vom Fremdstoffverbot des § 4 a Abs. 1 LMG sind nach Abs. 4 eine Reihe von Stoffen ausgenommen. Für diese Stoffe hielt der Gesetzgeber eine Zulassung über den Zulassungsvorbehalt (wobei die gesundheitliche Unbedenklichkeit hätte geprüft werden müssen) für überflüssig, da er sie zweifelsfrei als gesundheitlich unbedenklich ansah. [1] Die in § 4 a Abs. 4 LMG aufgezählten Stoffe sind gegenüber der Vielzahl der Fremdstoffe so offensichtlich unbedenklich, daß sie rechtlich von ihnen unterschieden werden können, ohne daß der Gleichheitsgrundsatz verletzt wird.

Das gilt jedoch nicht, soweit einzelne Stoffe den in § 4 a Abs. 4 LMG aufgezählten im wesentlichen gleichen, d.h. ein im wesentlichen gleicher Tatbestand vorliegt. [2] So sind z.B. Trink- und Tafelwasser sowie Wasserdampf vom Fremdstoffverbot ausdrücklich ausgenommen, nicht jedoch Eis. Physikalisch gesehen handelt es sich um verschiedene Aggregatzustände, die in einander übergehen können. Aus diesem Grund war im Regierungsentwurf auch nur die Aufnahme von Trink- und Tafelwasser in § 4 a Abs. 4 LMG vorgesehen worden. [3] Auf Anregung des Gesundheitsausschusses des Bundestages ist jedoch auch Wasserdampf ausdrücklich erwähnt worden mit der Begründung, er sei nicht der dampfförmige Aggregatszustand von Trink- und Tafelwasser, "sondern - chemisch gesehen - destilliertes Wasser in Dampfform". [4] Nun ist aber auch Eis - chemisch gesehen - dem Trink- und Tafelwasser nicht unbedingt immer

---

1) Amtl. Bgrdg. zu § 4 a Abs. 4, Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 9.
2) BVerfGE 15, 167 (201/202); 15, 313 (315).
3) Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 2
4) Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 553, S. 3

völlig identisch, denn beim Gefrieren können Konzentrationsänderungen hinsichtlich der im Trink- und Tafelwasser enthaltenen Stoffe auftreten. [1] In der amtlichen Bgrdg. zur Allgemeinen FremdstoffVO [2] wird allerdings das aus Trinkwasser gewonnene Eis nicht als fremder Stoff angesehen, weil es in Trinkwasser übergehen könne, während Wasserdampf nicht zu Trink- oder Tafelwasser, sondern zu destilliertem Wasser kondensiere. Wenn man jedoch, entgegen dieser Auffassung, Eis wegen der - wenn auch nur unbedeutenden - Konzentrationsänderungen beim Gefrierungsvorgang chemisch mit Trink- und Tafelwasser nicht als identisch ansieht, dann läge in der Nichtberücksichtigung von Eis in § 4 a Abs. 4 LMG ein Verstoß gegen Art. 3 GG. Eis sowie Trink- und Tafelwasser müßten dann tatbestandlich als im wesentlichen gleich angesehen werden, und diese gleichen Tatbestände wären vom Gesetzgeber nicht gleich behandelt worden. Schließlich sind weite Kreise der Hersteller auf die Verwendung von Eis angewiesen, so daß der Grundrechtsverstoß kein Bagatellfall wäre. Da aber keine sachlich begründeten Anhaltspunkte dafür bestehen, daß Eis nicht dem Trink- und Tafelwasser gleichgestellt werden sollte, wäre in verfassungskonformer Auslegung Eis unter den Begriff "Trink- und Tafelwasser" zu subsumieren.

Anders verhält es sich bei Stoffen, die nicht in den Katalog des § 4 a Abs. 4 LMG aufgenommen wurden, ob-

---

1) Ein Beispiel für die unterschiedliche rechtliche Behandlung des flüssigen und festen Aggregatzustandes einer - allerdings physiologischen - Flüssigkeit bieten §§ 8 Nr. 3 und 9 Nr. 4 der 1. AusführungsVO zum MilchG v. 15.5.31 (RGBl. I S. 150) i.d.F.v. 19.12.59 (BGBl. I S. 742), nach denen der Zusatz von Milcheis zu Milch und Milcherzeugnissen als Nachmachen oder Verfälschen angesehen wird.

2) Abgedr. bei Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 40 zu § 4 a LMG.

wohl sie nach Auffassung des Gesundheitsausschusses des Bundestages [1] "vielfach gebräuchlich sind und wohl von keinem Verbraucher als fremde Stoffe angesehen werden. Zu diesen Stoffen gehören z.B. Backpulver, Natron, Ozon ..., frisch entwickelter Rauch und Lezithin". Wenn man davon absieht, daß die Beispiele nicht alle glücklich gewählt sind (denn gerade Backpulver und Rauch sind zumindest gesundheitlich durchaus nicht unbedenklich), [2] so ist keiner dieser Stoffe den in § 4 a Abs. 4 LMG aufgezählten Stoffen im wesentlichen als gleich anzusehen. [3] Daher verstößt die unterschiedliche Behandlung nicht gegen Art. 3 GG.

Auch die unterschiedliche Regelung der physikalischen Behandlungsverfahren verstößt nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz. Die rechtliche Differenzierung zwischen Strahlenbehandlungsverfahren und anderen physikalischen Behandlungsverfahren, die alle auf der Zufuhr von Energie beruhen, wird durch folgende unterschiedliche tatsächliche Voraussetzungen gerechtfertigt: Gegenüber den herkömmlichen physikalischen Behandlungsverfahren [4] ist bei der Strahlenbehandlung von Lebensmitteln in größerem Maße die Möglichkeit gegeben, daß die in den zu behandelnden Lebensmitteln enthaltenen Stoffe unkontrollierte Verbindungen eingehen und damit in den Lebensmitteln selbst Stoffe entstehen, die unter die Fremdstoffdefinition des § 4 a Abs. 2 LMG fallen würden. Außerdem können bei der Strah-

---

1) Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 3
2) Unverträglichkeit von Backpulver, Krebsbedenklichkeit von Rauch
3) Wie etwa Trink- und Tafelwasser dem Eis, wenn nicht identisch, so doch wenigstens im wesentlichen als gleich anzusehen sind.
4) Dazu gehören besonders die küchenmäßigen Verfahren wie Kochen, Braten, Backen, Dünsten, Rösten, Kühlen usw.

lenbehandlung organoleptische Veränderungen, eine unvollkommene Enzymaktivierung und Gefahren durch mangelhaften Strahlenschutz auftreten. [1]

Dagegen ist bei den herkömmlichen physikalischen Behandlungsverfahren, abgesehen von Nährstoffverlusten und organoleptischen Veränderungen, im wesentlichen nur bei Fetthocherhitzungsverfahren nachgewiesen worden, daß hochpolymere Verbindungen entstehen können, die zumindest gesundheitlich nicht ganz unbedenklich sind. [2] Auch die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Fremdstoffen (§ 4 a LMG) und technischen Hilfsstoffen (§ 4 b Nr. 3 LMG) wird dadurch gerechtfertigt, daß Fremdstoffe dazu bestimmt sind, dauernde Bestandteile der Lebensmittel zu werden, denen sie zugesetzt wurden, während unter technischen Hilfsstoffen nach § 4 b Nr. 3 Satz 2 LMG solche Stoffe verstanden werden, die bei der Gewinnung, Herstellung oder Verarbeitung von Lebensmitteln verwendet werden, jedoch nicht zum Verzehr bestimmt sind.

d) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Schwierigkeiten, den Mißbrauchstatbestand zu definieren [3], ergeben sich in ähnlicher Weise auch bei der

---

1) Worseck, Der Einfluß der Strahlen von ^{60}Co auf Lebensmittel unter besonderer Berücksichtigung der Milch und Milchperoxydase; vgl. auch Ebert, Handelsbl. Nr. 108 v. 8.6.66, S. 32

2) Kaufmann, Analyse der Fette und Fettprodukte I, 210, 211, 221, 229; allerdings sollen nur erhitzte Öle mit sekundären Oxydationsprodukten toxisch sein (Czok, Ref. in: Feinkostwirtschaft 1966, 25). Im Hinblick auf derartige Bedenken wurde § 4 d LMG erlassen, vgl. amtl. Bgrdg. zum inhaltsgleichen § 4 c Abs. 2 (Bundestags-Drucks., Nr. 316, S. 10). Weitere Beispiele für die Bildung toxischer Reaktionsprodukte in Lebensmitteln auf Grund von Behandlungsverfahren bei Bär, BGesundhBl. 1966, 228

3) s.S. 43 ff

Abgrenzung des Verbotsbereichs. Auf den ersten Blick mag die Fremdstoffdefinition des § 4 a Abs. 2 LMG wie eine naturwissenschaftliche Formel wirken, wenn man sie mit Begriffen wie die "Gesundheit zu schädigen geeignet" (§ 3 LMG) und "verfälscht, nachgemacht, verdorben", oder "irreführend aufgemacht" (§ 4 LMG) vergleicht. Aber auch die Fremdstoffdefinition i.V.m. den ZulassungsRVOen läßt den Hersteller nicht immer mit Sicherheit erkennen, welche Stoffe er als Fremdstoffe nicht verwenden darf und welche als Nichtfremdstoffe oder technische Hilfsstoffe dem Verbot des § 4 a Abs. 1 LMG nicht unterliegen. [1]

Als Zeichen für die Schwierigkeit, alle "nahrungsfremden" [2] Stoffe in § 4 a Abs. 2 LMG zu erfassen, kann die im wesentlichen negative Definition angesehen werden. Außerdem sind Begriffe wie "Kohlenhydrat, Fett, Eiweiß, Vitamin, Provitamin, Geruchs- und Geschmacksstoff" naturwissenschaftlich nicht so eindeutig definiert, daß keine Zweifel über ihren Inhalt bestünden. Noch schwerer sind Begriffe wie "Gehalt" und "verdaulich" abzugrenzen. [3] Ein neueres Beispiel für die Abgrenzungsschwierigkeiten bietet das Glucono-delta-Lacton, das zur Stabilisierung der Rohwurstreifung verwendet wird. [4] Das Bayerische Staatsministerium des Innern

---

1) s.S.33 ff
2) Zipfel, Rdnr. 20 zu § 4 a LMG
3) Vgl. zur Problematik des Fremdstoffbegriffs Bernhardt, DÖV 1959, 599 (600), und Ernährungswirtschaft 1958, 61/62; Elbrächter, Ernährungswirtschaft 1958, 245 (247); Forschbach, NJW 1959, 457 (458); Thümmel und Schäuble, Ernährungswirtschaft 1966, 576; Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 24 ff zu § 4 a LMG; Thieme, Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, 83 (86 ff)
4) Zu Eigenschaften, Wirkungsweise und Nachweisen des Glucono-delta-Lactons vgl. Hamm, Fleischwirtschaft 1966, 512, mit zahlreichen Lit.-Nachw.

hatte den Stoff zunächst als Fremdstoff i.S.d. § 4 a Abs. 2 LMG angesehen. [1] Später revidierte es seine Auffassung und wies die Lebensmitteluntersuchungsanstalten und Überwachungsbehörden an, bis zur verwaltungsgerichtlichen Klärung der Frage, ob es sich bei Glucono-delta-Lacton um ein verdauliches Kohlenhydrat i.S.d. § 4 a Abs. 2 LMG handle, keine Beanstandungen wegen Verstoßes gegen § 4 a Abs. 1 LMG auszusprechen. [2]

Wenn schon die oberste für die Lebensmittelüberwachung zuständige Behörde eines Bundeslandes einen Zusatzstoff unterschiedlich behandelt, so kann von den Herstellern schwerlich erwartet werden, daß sie am Maßstab der Fremdstoffdefinition immer mit Sicherheit erkennen, welche Stoffe als Fremdstoffe unter das Verwendungsverbot fallen und welche nicht verboten sind. Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei der Abgrenzung von Fremdstoffen (§ 4 a Abs. 2 LMG) und technischen Hilfsstoffen (§ 4 b Nr. 3 Satz 2 LMG). In einzelnen Fällen kann eine Substanz sowohl Fremdstoff als auch technischer Hilfsstoff sein, je nachdem wie sie bei der

---

1) ME III 9-5060/4-23/65 v. 2.11.65

2) ME III 9-5060/4-34/66 v. 2.6.66: "Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz hat in einem Verfahren nach § 123 VwGO durch Beschluß vom 4.3.1966 (2 B 1/66) entgegen dem Gutachten des Bundesgesundheitsamtes vom 24.2.1966 (C III -2510-951/65) entschieden, daß Glucono-delta-Lacton kein fremder Stoff im Sinne des § 4 a Abs. 2 LMG ist; Glucono-delta-Lacton sei ein verdauliches Kohlenhydrat und werde nicht deshalb zu einem fremden Stoff, weil es nicht wegen seines ernährungsphysiologischen Nutzwertes, sondern nur wegen seines technischen Erfolges als Lebensmittel verwendet wird. Der entgegenstehende Beschluß des Verwaltungsgerichts Neustadt - Kammer Mainz - vom 3.12.1965 (3 L 28/65) wurde aufgehoben. Bis zur abschließenden Entscheidung des anhängigen Verwaltungsrechtsstreites ist davon abzusehen, die Verwendung von Glucono-delta-Lacton bei der Zubereitung von Rohwürsten als Zusatz eines fremden Stoffes zu beanstanden."

Lebensmittelbehandlung verwendet wird. [1] Man mag darüber streiten, ob die Fremdstoffdefinition des § 4 a Abs. 2 LMG in der geltenden Form die zweckmäßigste Lösung ist; trotz aller Abgrenzungsschwierigkeiten kann bei allgemeinen Verbotsregelungen ebensowenig auf unbestimmte Rechtsbegriffe verzichtet werden wie bei den Mißbrauchsregelungen. Daher muß auch eine aus unbestimmten Rechtsbegriffen zusammengesetzte Verbotsregelung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz als vereinbar angesehen werden, [2] andernfalls könnte das LMG keine praktikablen Verbote enthalten, die komplizierte naturwissenschaftliche Sachverhalte betreffen, obwohl derartige Verbote mit den Grundrechten vereinbar sind.

2. Erlaubnisvorbehalt

Die Verfassungsmäßigkeit des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt beinhaltet noch nicht notwendig, daß auch das Gebrauchmachen vom Zulassungs- und Ausnahmevorbehalt, d.h., die auf der Ermächtigungsgrundlage der §§ 5 a, 5 c LMG erlassenen RVOen und die gemäß § 20 a LMG erlassenen VAe eo ipso verfassungsrechtlich unbedenklich sind. Beim Verbot der §§ 4 a ff LMG

---

1) "Ein Zusatz auch kleinster Mengen von Kalkmilch zu manchen Gemüsekonserven ist als Zusatz eines fremden Stoffes anzusehen, weil die Kalkmilch in den Konserven verbleibt. Die Kalkmilch jedoch, die in viel größeren Mengen im Zuge der Zuckerfabrikation gebraucht wird, ist ein technischer Hilfsstoff, da sie wieder entfernt wird und im Zucker nicht vorhanden ist" (Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 553, S. 2); zur Abgrenzung vgl. auch Kotter u. Mitarb., Dt. Lebensm.-Rdsch. 1966, 69 (71 ff), m. Nachw.; Zipfel, Z. Lebensmitt.-Untersuch., Bd. 129 (1966) GesVO, S. 57

2) Trotz erheblicher Bedenken hält Thieme (Rechtsstaat und Lebensmittelrecht, S. 83 (88)) den Fremdstoffbegriff wenigstens für verfassungskonform auslegbar. "Dann führt jedenfalls nicht schon der Gesichtspunkt der mangelnden Bestimmtheit des Gesetzes zur Nichtigkeit des § 4 a LMG."
s.S.46 ff

ist "die Verbotsfront mit Bedacht zunächst weiter vorgeschoben, als es der später verwaltungsmäßig punktuell feststellbaren wirklichen Gefahrenlinie entspricht". [1] Daher wird die Rücknahme der Verbotsfront sich im allgemeinen für den Hersteller positiv auswirken und seine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit vergrößern. Die Erlaubnisformen als ein "Weniger" gegenüber dem verfassungsrechtlich zulässigen Verbot werden dementsprechend den Hersteller in der Regel weniger belasten als das "Mehr" der Verbote der §§ 4 a ff LMG. Die verfassungsrechtliche Untersuchung des Erlaubnisvorbehalts wird sich über weite Strecken mit der des Verbotsvorbehalts decken. Das gilt besonders für belastende Änderungen von ZulassungsVOen und Einzelausnahmen, die für den Hersteller im Hinblick auf die Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit sowie den Gleichheitsgrundsatz ähnlich wie VerbotsVOen und Einzelverbote wirken. Außerdem ist bei den ZulassungsVOen wie auch bei den VerbotsVOen die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. I GG zu stellen.

a) Gewaltenteilung, Normdelegation

ZulassungsVOen nach §§ 5 a, 5 c LMG sind nur gültig, wenn sie von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind. Nach der amtlichen Begründung [2] sollen auf Grund von § 5 a Abs. 1 Nr. 1 LMG nur solche Fremdstoffe zugelassen werden, "die einerseits beim heutigen Stand der Versorgungslage und der Technik noch nicht völlig entbehrt werden können und die andererseits bei strenger pharmakologischer Prüfung noch vertretbar erscheinen". Darüber hinaus soll auf diese Weise der Wunsch der Verbraucher nach einer möglichst natürlichen Er-

1) Lerche, Übermaß, S. 186
2) Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 10

nährung [1] berücksichtigt werden. Um eine elastische Anpassung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften an die ständig fortschreitende Entwicklung von Wissenschaft und Technik zu sichern, ist ein Ermessensbereich für die Exekutive erforderlich. Beim Erlaubnisvorbehalt treten daher entscheidende rechtliche Wirkungen für den Hersteller erst ein, wenn die Exekutive durch RVO oder VA vom Erlaubnisvorbehalt Gebrauch macht. "Auf diese Weise verzichtet der Gesetzgeber" in einem gewissen Umfang "auf eine endgültige Entscheidung". [2] Trotzdem kann bei den Erlaubnisvorbehalten des LMG nicht von einer "Herrschaft der Ausnahme" und damit einer "Herrschaft der die Ausnahme gestattenden Verwaltungsbehörde" [3] gesprochen werden, da, wie das Beispiel des § 5 a Abs. 1 Nr. 1 LMG zeigt, die Normsetzungsbefugnis des VOGebers nach Inhalt, Zweck und Ausmaß so bestimmt ist, [4] daß die RVOen nur in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers erlassen werden dürfen. Das gilt entsprechend auch beim Ausnahmevorbehalt des § 20 a LMG, da AusnahmeVAe nur unter weitgehender Berücksichtigung des im LMG normierten Verbraucherschutzes zu erlassen sind.

Die Exekutive darf also den Erlaubnisvorbehalt nur ausfüllen, wenn dadurch der vom Gesetzgeber gewollte Schutz

---

1) Landgrebe-Wolff, Ernährungswirtschaft 1957, 61 (62); Hieronimi, Erl. 5 zu § 4 LMG
2) Richter, DÖV 1959, 290 (292); vgl. auch Krüger, DÖV 1956, 550 (553): "Der Gesetzgeber hat hier nur grobe und vorläufige Arbeit getan, indem er die Grenze des Verbotenen bewußt zu weit vorgeschoben hat. Die richtige und endgültige Gesetzgebung überläßt der Gesetzgeber der Verwaltung, so daß der Vorgang der Gesetzgebung erst in dem Augenblick zum Abschluß gelangt, in dem die Verwaltung über eine Ausnahme vom Verbot entscheidet."
3) Erler, Grundprobleme, S. 186
4) Wie die Ermächtigungen des Verbotsvorbehalts (§§ 4 d, 5 LMG); s.S. 78 ff

des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schädigungen oder Übervorteilungen bzw. Täuschungen im Lebensmittelverkehr nicht ernsthaft in Frage gestellt wird. Während es nach § 5 Nr. 5 LMG für den VOGeber möglich ist, die Verbrauchererwartung normativ festzusetzen, d.h. zu bestimmen, unter welchen Umständen einzelne Lebensmittel als "verfälscht, nachgemacht, verdorben" oder "irreführend aufgemacht" i.S.v. § 4 LMG anzusehen sind, wodurch u.U. sogar eine geringwertigere Beschaffenheit eines Lebensmittels toleriert werden kann, "als sie im allgemeinen den Vorstellungen des Verbrauchers entspricht", [1] deckt der Zulassungsvorbehalt des § 5 a LMG keine Zulassungen gegen bestehende gesundheitliche Bedenken. Auf Grund der Ermächtigung des § 5 a Abs. 1 Nr. 1 LMG dürfen Fremdstoffe nur zugelassen werden, die auch "bei strenger pharmakologischer Prüfung noch vertretbar erscheinen". [2] Das gilt auch für befristete Zulassungen, die demnach nur zulässig sind, wenn aus gesundheitlichen und wirtschaftlichen Erwägungen ein Verzicht auf einzelne Stoffe nicht tragbar ist, andererseits die gesundheitlichen Bedenken nicht so stark sind, daß sie ein sofortiges Verbot zwingend erfordern würden. So wurde der Konservierungsstoff Hexamethylentetramin beispielsweise zunächst nach § 8 i.V.m. § 13 Abs. 2 KonservierungsVO v. 19.12.59 (BGBl. I S. 735) zugelassen, obwohl die Konservierungskommission der Deutschen Forschungsgemeinschaft diesen Stoff mehrfach als nicht unbedenklich bezeichnet hatte. [3] Nach mehrfacher Verlängerung der Auslaufzeit, letztmalig durch ÄndVO vom 11.3.64 (BGBl. I S. 138), ist seit dem 1.1.65 der Zusatz von Hexamethylentetramin auch zu Fischwaren nicht mehr zulässig.

---

1) Holthöfer-Juckenack-Nüse, Rdnr. 131 zu § 4, m.Nachw.
2) Amtl. Bgrdg., Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 10
3) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 91 zu § 4 LMG

Bei dem zähen Ringen um die Verlängerung der Auslauffrist [1] wurden wirtschaftliche und gesundheitliche Gesichtspunkte geltend gemacht. Wirtschaftliche Gesichtspunkte können jedoch bei Fremdstoffzulassungen nur berücksichtigt werden, soweit sie unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes der Verbraucher vertretbar sind. [2] Fest steht, daß die gesundheitliche Unbedenklichkeit von Hexamethylentetramin noch nicht erwiesen ist. [3] Allerdings sollte der Hinweis auf eine keimschädigende Wirkung, die an Taufliegen beobachtet wurde, nicht ohne weiteres auf den Menschen übertragen werden. [4] Nach den allgemeinen deutschen und internationalen Beurteilungsgrundsätzen für Fremdstoffe darf ein Stoff grundsätzlich erst dann zugelassen werden, wenn seine Unbedenklichkeit erwiesen ist. [5] Dagegen kann nicht geltend gemacht werden, das Verbot des Konservierungsstoffes Hexamethylentetramin würde bestimmte Herstellungsmethoden undurchführbar machen und könnte dadurch die Fischwirtschaft erheblich schädigen. Beachtlicher ist schon das Argument, daß beim Nichtzusatz von Hexamethylentetramin zu Fischpräserven die Gefahr von enterotoxischen Lebensmittelvergiftungen in erhöhtem Maße gegeben sei und daß im Interesse einer ausreichenden und abwechslungsreichen Ernährung auf Lebensmittel dieser Art nicht verzichtet werden könne. [6] Nur unter diesem primär gesundheitlich ausgerichteten

---

1) Lebensmittel-Ztg. Nr.74 v.21.11.63, S.2; Schwarzhaupt, Ref. in: Dt. Lebensm.-Rdsch. 1962, 55; Spiegel, Nr. 4 v. 22.1.64, S. 31/32.
2) Der Schutz der menschlichen Gesundheit muß wirtschaftlichen Erwägungen vorgehen, vgl. Zipfel, BB 1959, 509; Schwarzhaupt, Dt. Lebensm.-Rdsch. 1962, 74 (77).
3) Souci, Süddt. Ztg. Nr. 45 (1964), S. 6
4) Vgl. Schwarzhaupt, Ref. in Dt. Lebensm.-Rdsch. 1966, 55
5) Hieronimi, Vorbem. 8 vor §§ 4 a - 4 e LMG
6) Grün und Wirtz, Dt. Lebensm.-Rdsch. 1964, 14

Gesichtspunkt war eine befristete Zulassung mit dem Gesundheitsschutz des Verbrauchers vereinbar, da außerdem die gesundheitliche Bedenklichkeit gegenüber den möglichen Schäden durch Lebensmittelvergiftungen geringer zu bewerten war. Insoweit ging also die befristete Zulassung von Hexamethylentetramin nicht über die Ermächtigung des § 5 a LMG hinaus.

Das würde für den gegenwärtigen Zeitpunkt wohl nicht mehr in dieser Form aufrecht zu erhalten sein, denn die Fischkonservenindustrie hat gezeigt, daß sie die Auslauffrist zur Weiterentwicklung ihrer Herstellungsmethoden genützt hat. Sie brachte gesundheitlich unbedenkliche Fischpräserven auf den Markt und konnte wettbewerbsfähig bleiben. [1] Außerdem wurde nach dem Fortfall des Hexamethylentetramins wegen der verbesserten Herstellungsverfahren im allgemeinen auch keine Zunahme pathogener Staphylokokken in Fischpräserven festgestellt. Das Absehen von einer Weiterverlängerung der Auslauffrist hat sich also für den Verbraucher nicht als gesundheitlich bedenklich erwiesen. [2]

Nicht von der Ermächtigung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 LMG würde eine unbegrenzte Ausdehnung der Zulassungen von Fremdstoffen gedeckt werden, selbst wenn die in Frage kommenden Stoffe nachweislich als unbedenklich gelten. Mit dem Schutz des Verbrauchers ist es nicht vereinbar, alle für sich toxikologisch unbedenklichen Stoffe zuzulassen, denn die Möglichkeit von nicht vorhersehbaren Reaktionen mit anderen Stoffen läßt sich

---

1) Schwedke, Ref. in: Feinkostwirtschaft 1965, 95. Allerdings weist Meyer, Allg. Fischwirtsch.Ztg. 1966, 122, darauf hin, daß die Wirkung von Hexamethylentetramin durch andere Konservierungsstoffe - auch in Kombination - nicht erreichbar sei.
2) Arch. Lebensmittelhyg. 1965, 119

letztlich nie ganz ausschließen. [1] Schon aus diesen Gründen sollte die Zahl der zugelassenen Stoffe möglichst niedrig gehalten werden. Außerdem erwartet der Verbraucher besonders bei den sog. Hauptlebensmitteln, daß diese ihm natürlich bzw. weitgehend naturbelassen angeboten werden. [2] Als Zulassungskriterium ist also neben der gesundheitlichen Unbedenklichkeit auch die technologische Notwendigkeit zu berücksichtigen. Diese Forderung ist in der Ermächtigung des § 5 Abs. 1 Nr. 5 LMG zumindest nicht mit demselben Gewicht ausgestattet, wie das Kriterium der gesundheitlichen Unbedenklichkeit. "Nach den Erklärungen der Vertreter der Bundesregierung gegenüber dem Bundesrat soll die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit in sämtlichen Fällen erfüllt sein, in denen die Verordnungen Fremdstoffe zulassen". [3] Das kann allerdings bei den zugelassenen Farbstoffen nur schwerlich vertreten werden. [4] Da in der Ermächtigung des § 5 a LMG die technologische Notwendigkeit nicht ausdrücklich erwähnt ist, sollte diese Forderung jedoch nicht überbewertet werden. Dem VOGeber steht daher insoweit ein umfangreicher Ermessensspielraum zu. Hinsichtlich der technologisch praktisch nicht notwendigen Schönung dürfte jedoch die Ermächtigung dahingehend eingeschränkt sein, daß zumindest in Zukunft keine neuen Farbstoffe mehr zugelassen werden sollten, [5] es sei denn, es

---

1) Vgl. Haupt, Ernährungswirtschaft 1956, 159; Zipfel, BB 1959, 19 (20); Forschbach, NJW 1959, 457
2) Amtl. Bgrdg., Bundestags-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 316, S. 10
3) Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 7 zu § 5 a LMG
4) Das gilt selbst dann, wenn man eine gewisse appetitanregende Wirkung auch farblich ansprechend aufgemachter Waren berücksichtigt.
5) Die Forderung gilt z.B. nicht für notwendige Stempelfarben, die im übrigen in § 5 a Abs. 1 Nr. 4 LMG ausdrücklich erwähnt sind (vgl. die kritische Stellungnahme von Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 21 zu § 5 a LMG).

würden bisher zugelassene Farbstoffe ersetzt. Darüberhinaus wäre zu überlegen, auch die bestehenden Farbstoffzulassungen einzuschränken.

b) Berufs- und Eigentumsfreiheit

Wenn auch der Ausnahmevorbehalt für den Hersteller in der Regel positiv wirkt, können Einschränkungen bereits bestehender Ausnahmen oder Zulassungen die Berufsfreiheit berühren. Sie wirken dann im wesentlichen wie Verbote im Rahmen des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt. [1] Das Gleiche gilt für den eigentumsbindenden Charakter derartiger Einschränkungen. Allerdings kann sich hier, anders als beim Grundrecht der Berufsfreiheit, eine unterschiedliche Betrachtungsweise gegenüber den Verboten des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt dann ergeben, wenn der zunächst durch Ausnahme (§ 20 a LMG) oder Zulassung (§ 5 a LMG) gesetzte und später geänderte Rechtszustand zu einer enteignungsfähigen Rechtsposition erstarkt ist.

Wird eine Ausnahmegenehmigung nach § 20 a LMG erteilt und in der Folgezeit ganz oder teilweise zurückgenommen, so handelt es sich um die Rücknahme eines begünstigenden VA. Ausnahmen sind nach § 20 b Abs. 2 LMG nur auf längstens 2 Jahre befristet zu erteilen. Sie sind bei wichtigem Grund widerruflich. Ein wichtiger Grund kann sowohl in der Person des begünstigten Herstellers (Unzuverlässigkeit) als auch in sachlichen Erwägungen (z.B. Feststellung der gesundheitlichen Bedenklichkeit) begründet sein. [2] Nach der Lehre vom Widerruf begünstigender VAe ist eine Rücknahme von Ausnahmen nach § 20 a LMG nur möglich, wenn die Interes-

---

1) s.S. 49 ff
2) Vgl. Holthöfer-Juckenack-Nüse I, Rdnr. 6 zu § 20 b

sen der Allgemeinheit an der Änderung des Rechtszustandes gegenüber dem Interesse des Herstellers an dessen Aufrechterhaltung überwiegen. [1]

Da der Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schädigungen und vor Übervorteilung bzw. Täuschung im Lebensmittelverkehr zu den überragenden Gemeinschaftsgütern zählt, [2] rechtfertigt die Unzuverlässigkeit des Herstellers oder die nachträgliche Feststellung der gesundheitlichen Bedenklichkeit des auf Grund der Ausnahmegenehmigung hergestellten Lebensmittels die Rücknahme der Ausnahme. Ein Entschädigungsanspruch würde nur gegeben sein, wenn die Rücknahme über die Eigentumsbindung hinausgeht. Da die Ausnahmen jeweils nur auf höchstens zwei Jahre befristet werden, [3] können die Investitionen des Herstellers und der daraufhin eingerichtete Teil seines Gewerbebetriebes nicht als "auf die Dauer angelegte Ordnung" angesehen werden, wie der BGH es z.B. bei der Überwachungstätigkeit des Technischen Überwachungsvereins (und den im Zusammenhang damit getroffenen Maßnahmen) angenommen hat. [4] Auch überträgt der Staat dem Hersteller mit der Ausnahmeerteilung nach § 20 a LMG keine Aufgaben, die vergleichbar den Überwachungsaufgaben des Technischen Überwachungsvereins grundsätzlich in den staatlichen Aufgabenbereich fallen. Selbst bei der Ausnahmeerteilung für Sonderverpflegungen nach § 20 a Abs. 2 Nr. 2 LMG läge keine Delegation öffentlicher Aufgaben vor, [5]

---

1) Vgl. zur Lehre vom Widerruf begünstigender VAe Eyermann-Fröhler, VwGO, Rdnr. 34 ff (43, 46) Anh. zu § 42; Klinger, VwGO, S. 197 ff (202 f); Forsthoff, VerwR I, S. 238 ff (244/245)
2) s.S.35 ff
3) Auf Antrag Verlängerung um jeweils ein Jahr möglich (§ 20 b Abs. 2 Satz 2 LMG)
4) BGHZ 25, 266
5) Zwar hat der Staat für die Verpflegung von militä- (Fortsetzung)

die nur "sinnvoll und zumutbar" wäre, wenn nicht die Gefahr bestünde, daß der Staat sein Widerrufsrecht ausüben und die Hersteller "an den Lasten ihres Apparates hängen" bleiben würden. Die Herstellung von Sonderverpflegung auf Grund einer Ausnahmegenehmigung nach § 20 a Abs. 2 Nr. 2 LMG stellt ebenfalls lediglich die Wahrnehmung einer Chance dar, nur solange Lebensmittel nach der Ausnahmevorschrift herzustellen, bis sich herausstellt, daß diese Art der Herstellung aus persönlichen oder sachlichen Gründen mit dem Schutz der Verbraucher nicht mehr vereinbar ist.

Auch die Aufhebung oder Teilaufhebung einer ZulassungsVO kann die Eigentumsfreiheit des Lebensmittelherstellers berühren. Grundsätzlich werden diese Einschränkungen ebenso wie VerbotsVOen im Rahmen des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt eigentumsbindender Natur sein. [1] Unterschiede können sich nur dann ergeben, wenn die ZulassungsVO für den Hersteller die Chance auf gewinnbringende Herstellung bestimmter Lebensmittel zu einem enteignungsfähigen Rechtsobjekt erstarken läßt. Allein die Tatsache, daß als Grundregelung für Fremdstoffe, bestimmte biologische und Strahlenbehandlungsverfahren das Verbotsprinzip mit Zulassungsvorbehalt gewählt wurde, zeigt, daß der Gesetzgeber die Zulassungen (in bestimmtem Umfang) gewissermaßen als notwendiges Übel angesehen hat; notwendig insoweit, als "das Fremdstoffverbot" schließlich "ein Verbot ist, das von vornherein darauf abgestellt ist, durch Erlaß von Rechtsvorschriften praktikabel gestaltet zu werden". [2] Daraus folgt, daß eine sinnvolle Reduzie-

---

Fortsetzung:
rischem, polizeilichem und ähnlichem Personal zu sorgen, jedoch wird die Verpflegungsbeschaffung in normalen Zeiten privatrechtlich durchgeführt.

1) s.S.72
2) v.Bieberstein, Ernährungswirtschaft 1961, 286 (287)

rung der Zulassungen nach Zahl und Umfang im Interesse des Gesetzgebers liegt. [1]

Die Zulassung durch RVO schafft daher noch keine enteignungsfähige Rechtsposition für den Hersteller, d.h., die Chance, durch den Verkauf bestimmter Zusatzstoffe oder mit Hilfe bestimmter Zusatzstoffe zu Geld zu kommen, stellt noch kein enteignungsfähiges Eigentum dar. Art. 14 GG enthält keine Wertgarantie für wirtschaftliche Erwerbspositionen, er schützt also auch nicht die Minderung von Erwerbschancen. Aus diesem Grunde liegt bei der Aufhebung oder Teilaufhebung einer ZulassungsVO grundsätzlich auch keine Verletzung des Art. 14 GG unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes vor.

Das Gleiche muß folgerichtig auch gelten, wenn bei einer befristeten Zulassung (wie bei Hexamethylentetramin) [2] die Auslauffrist verkürzt wird. Die Befristung hat den Zweck, der Wirtschaft die Anpassung an eine vorgesehene neue Rechtslage zu ermöglichen, ohne daß die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln gefährdet wird. Stellt sich jedoch während des Laufes der Auslauffrist heraus, daß die Verwendung des betreffenden Stoffes aus gesundheitlichen Gründen nicht zu verantworten ist, so ist der VOGeber an seine Fristsetzung nicht gebunden und muß vielmehr gem. § 5 a LMG zum Schutz des Verbrauchers die Auslaufzeit verkürzen oder ganz aufheben. Die Hersteller mußten bei den schon an sich problematischen Fremdstoffen damit rechnen, daß veränderte Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung nach dem VOErlaß den VOGeber zur Änderung von ZulassungsVOen zwingen können. Sogar für eine bestimmte Frist erlassene RVOen können also vom VOGeber

---

1) s.S. 131/2
2) s.S. 129 ff

später "für unzweckmäßig oder nicht mehr erträglich gehalten und deshalb geändert oder aufgehoben werden. Wer seine geschäftlichen Maßnahmen auf den jeweiligen Stand der allgemeinen Gesetzgebung aufbaut und ohne vertragsmäßige Regelung einer Entschädigungspflicht, auch ohne verfassungsrechtliche Gewähr für den Fortbestand der maßgeblichen Gesetze, welche ihm die gewinnbringende Ausnutzung seiner geschäftlichen Unternehmungen erst ermöglichen, seinen Betrieb entsprechend ausgestaltet und auf einen bestimmten Erwerbszweck gerichtete geschäftliche Maßnahmen trifft, übernimmt damit naturgemäß das Wagnis, daß spätere Gesetze, welche die Wirtschaft in dieser oder jener Richtung beeinflussen, seine geschäftlichen Pläne stören oder den Fortbestand seines Unternehmens vereiteln".[1]

Selbst wer die Berufung auf eine Änderung von wirtschaftlichen und politischen Zielen nicht als ausreichend ansieht, dem Betroffenen eine enteignungsfähige Position abzusprechen, wird nicht umhin können, Aufhebungen oder Teilaufhebungen von zunächst auf eine bestimmte Zeit befristeten ZulassungsVOen, die aus Gründen des Verbraucherschutzes vor gesundheitlichen Schädigungen und vor Übervorteilungen bzw. Täuschungen im Lebensmittelverkehr erfolgen, nur als eigentumsbindende Vorschriften anzusehen.[2] Wenn, wie bereits ausgeführt,[3] eine sofort wirksam werdende VerbotsVO im Rahmen des Mißbrauchsprinzips mit Verbotsvorbehalt nur als eigentumsbindend anzusehen ist, dann muß auch ein vorzeitiger Abbau einer zunächst auf eine bestimmte Zeit befristeten ZulassungsVO innerhalb der Sozialbindung mit dem Grundrecht der Eigentumsfreiheit vereinbar sein. Schließlich sollen be-

1) RGZ 139, 177 (186/187)
2) s.S. 41 ff. 72
3) s.S. 71 ff

fristete Zulassungen den Herstellern im Interesse der Aufrechterhaltung einer geordneten Versorgung mit Lebensmitteln nur die Umstellung auf unbedenkliche Herstellungsverfahren erleichtern, nicht jedoch erst den Anlaß zu Investitionen auf den Rechtszustand der befristeten Übergangsregelung hin geben. Allein die Tatsache, daß eine Zulassung innerhalb eines grundsätzlichen Verbots aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Verbraucher nur befristet erteilt wurde, verbietet es dem Hersteller, auf die Unabänderlichkeit der Zulassung während dieser Frist zu vertrauen. Der Hersteller kann sich also angesichts des grundsätzlichen Verbots der §§ 4 a ff LMG "nicht darauf verlassen, daß die derzeitige Regelung nicht verschärft" wird. [1)]

Nicht unbedingt überzeugen würde allerdings in diesem Zusammenhang das Argument, ein Verbot bzw. eine einem Verbot gleichkommende Aufhebung oder Teilaufhebung einer Zulassung beziehe sich nur auf dessen Geltungsbereich, außerhalb dieses Geltungsbereichs könne der Hersteller schließlich Lebensmittel anbieten, die nach den alten Vorschriften hergestellt sind. So überzeugend der BGH [2)] aus Gründen der Volksgesundheit belastende Normen als lediglich eigentumsbindend qualifiziert, so wenig überzeugt sein weiteres Argument, die wirtschaftliche Betätigung sei auch nach Verboten durchaus noch möglich, wenn auch nur außerhalb des Geltungsbereichs der Verbotsnorm. Selbst wenn man diesen Gesichtspunkt bei der Einführung einer gemeindlichen Müllabfuhr mit Benutzungszwang gegenüber einem privaten Müllabfuhrunternehmen noch anerkennen will,

---

1) BGH DVBl. 1964, 316 ff; mit derselben Begründung kann auch ein Rechtsanspruch auf mehrfache Verlängerung der Auslauffrist ausgeschlossen werden.
2) BGHZ 40, 355 (361)

weil damit der wirtschaftliche Tätigkeitsbereich rein örtlich u.U. nur wenig verschoben wird, so kann diese Auffassung zumindest auf das Lebensmittelrecht nicht ohne weiteres übertragen werden. Zwar erlaubt § 5 b LMG die Herstellung von Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen entgegen einer Reihe von verbraucherschützenden Vorschriften des LMG, [1] wenn gesichert ist, daß diese Lebensmittel exportiert werden. Ganz abgesehen davon, daß § 5 b LMG schon im Zuge der Harmonisierung des Lebensmittelrechts im EWG-Raum bis zu einem gewissen Grade an Bedeutung verliert, wird der Verlust des Inlandmarktes wirtschaftlich nicht durch die Möglichkeit ausgeglichen, im Inland verbotene Lebensmittel im Ausland absetzen zu können. Dagegen spricht auch nicht die Erfahrungstatsache, daß z.B. die Hersteller bestimmter Zusatzstoffe [2] gute Absatzgebiete im Ausland gefunden haben. Gerechtfertigt werden also Aufhebungen oder Teilaufhebungen von ZulassungsVOen allein aus Gründen des Verbraucherschutzes.

c) Gleichheitsgrundsatz

Wenn auch grundsätzlich kein Anspruch des Herstellers auf Ausnahmeerteilung nach § 20 a LMG besteht, [3] so sind die nach § 20 a LMG zuständigen Behörden zur Anwendung pflichtgemäßen Ermessens verpflichtet. Dazu gehört die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes. Dem gesetzgeberischen Ziel entsprechend, das mit dem Verbotsprinzip mit Ausnahmevorbehalt verfolgt wird, hat die ermächtigte Verwaltungsbehörde die Zahl der Ausnahmen, zumindest soweit gesundheitliche Gründe be-

---

1) §§ 4 Nr. 2 und 3, 4 a, 4 b, 4 c Abs. 1 und 4 e Nr. 1, 3 und 4, sowie die nach §§ 4 c, 4 d, 5 Nr. 2 bis 7 und § 5 a geltenden RVOen
2) Z.B. phosphathaltiger Kutterhilfsmittel zur Brühwurstherstellung
3) s.S.117

achtlich sind, möglichst gering zu halten. [1] Daher wird im Falle des Eingangs zweier oder mehrerer sachlich völlig oder im wesentlichen gleicher Anträge auf Erteilung einer Ausnahme [2] nach der Priorität der Anträge zu urteilen sein, wenn aus Gründen des Verbraucherschutzes nicht alle Anträge positiv beschieden werden können. Daraus folgt auch, daß die Ablehnung eines Antrages und die anschließende Ausnahmeerteilung bei einem sachlich gleichen Antrag als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz anzusehen wäre. [3]

Die Nichtzulassung eines Fremdstoffes durch ZulassungsVO kann dann gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, wenn ein anderer Stoff unter den gleichen oder im wesentlichen gleichen Umständen zugelassen und der Verbraucherschutz nicht der Zulassung beider Stoffe entgegensteht. Bei Fremdstoffzulassungen ist also wie bei der Ausnahmeerteilung nach § 20 a LMG die ratio des Fremdstoffverbots mit Erlaubnisvorbehalt zu berücksichtigen, wonach die Zahl der Fremdstoffe möglichst niedrig gehalten werden soll. [4] Da gleiche oder im wesentlichen gleiche Tatbestände kaum vorkommen werden, seien als Beispiel nochmals die Aggregatsstufen des Wassers herangezogen: [5] Wenn diese nicht in § 4 a Abs. 4 LMG enthalten und statt dessen Trink- und Tafelwasser sowie Wasserdampf durch RVO zugelassen worden wären, läge ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor, sofern man Eis nicht unter den Begriff "Trink- und Tafelwasser" subsumieren wollte. [6] Denn auch unter dem

---

1) s.S. 131/2
2) Völlige oder im wesentlichen Gleichheit wird in der Praxis allerdings kaum vorkommen.
3) Vgl. OVG Hamburg DVBl. 1950, 539 (540)
4) s.S. 131/2
5) s.S. 120 f
6) s.S. 121

Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes wären keine "einleuchtenden Gründe" vorstellbar, die "für die ungleiche Behandlung geltend gemacht werden könnten". [1]

Kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegt in der unterschiedlichen Zulassung von Phosphaten. Phosphate sind z.B. für die Brühwurstherstellung verboten, nicht jedoch für die Herstellung von Schmelzkäse und bestimmten Getränken. Hier bestehen, anders als bei Trink- und Tafelwasser, Wasserdampf und Eis, tatbestandliche Unterschiede. Fleischerzeugnisse sind schon ihrer stofflichen Zusammensetzung nach mit Schmelzkäse und Getränken nicht vergleichbar. Der Phosphatzusatz erfolgt jeweils unter anderen technologischen Gegebenheiten. [2]

Auch ist Art. 3 GG nicht schon dann verletzt, wenn ein nachweislich im einzelnen gesundheitlich unbedenklicher Stoff im Gegensatz zu den anderen zugelassenen Stoffen nicht zugelassen würde. Die gesundheitliche Unbedenklichkeit stellt jedoch bei der Gegenüberstellung zugelassener und nicht zugelassener Stoffe nur eines der in Frage kommenden Vergleichsmerkmale dar. Technologische Gesichtspunkte und der Grundgedanke des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt, die Zahl der Zulassungen möglichst niedrig zu halten, [3] spielen eine mindestens ebenso wichtige Rolle. Schließlich

---

1) BVerfGE 15, 313 (315)
2) OLG Hamm LRE 2, 216/217 unter Berufung auf BVerfGE 4, 318; 3, 136
   Die Zweckmäßigkeit der Nichtzulassung bestimmter Phosphate für die Brühwurstherstellung sei dahingestellt, da zumindest bestimmte Phosphate physiologisch unbedenklich sind (Ruf, Milchwissenschaft 1965, 203) und eine Zulassung im Rahmen der Harmonisierung des Lebensmittelrechts im EWG-Raum nicht ausgeschlossen ist.
3) s.S.131/2

steht es dem VOGeber weitgehend frei, "die Merkmale als Vergleichspaar zu wählen, an denen er Gleichheit und Verschiedenheit der ... Regelung orientiert". [1]

Der VOGeber hat also bei der Anwendung des Zulassungsvorbehalts des § 5 a LMG einen weiten Ermessensspielraum. Dennoch ist "die Frage, ob das Grundgesetz dem Gesetzgeber Ermessensfreiheit einräumt und wie weit sie reicht, ... eine vom Bundesverfassungsgericht nachprüfbare Rechtsfrage". [2] Wenn auch, wie dargestellt wurde, der Anwendungsbereich des Art. 3 GG im Rahmen der VOGebung auf Grund des Zulassungsvorbehalts gering ist, so muß es doch bei u.U. nachweisbaren Verletzungen des Gleichheitsgrundsatzes möglich sein, die Nichtzulassung eines Fremdstoffes oder Behandlungsverfahrens für verfassungswidrig zu erklären und damit einen Druck auf den VOGeber auszuüben, seine VOGebung in Einklang mit Art. 3 GG zu bringen. Nicht zuletzt unter Berufung auf eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes durch Nichtzulassung im Wege der RVO bzw. darauf beruhender Akte sind bereits Verfassungsbeschwerden mit dem Ziel erhoben worden, Zulassungen zu erreichen. Im Gegensatz zum Vorgehen gegen Verbots-VOen oder auch die entsprechend sich auswirkende Aufhebung oder Teilaufhebung von ZulassungsVOen soll durch derartige Verfassungsbeschwerden nicht die Aufhebung der ZulassungsVO wegen positiver Verfassungsverletzung erreicht, sondern die Untätigkeit des VOGebers

---

1) BVerfGE 15, 167 (201/202), vgl. dazu BVerfGE 7, 172 (176), das die gesundheitliche Unbedenklichkeit eines biochemischen Präparates nicht als entscheidendes Kriterium für seine Herausnahme aus dem Anwendungsbereich der ArzneimittelVO ansieht (im Anschluß an BGHZ 22, 167 (180)).

2) BVerfGE 1, 15; vgl. auch Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, S. 66; Kelsen, VVDStRL 5, 30 (65 ff), und Merkl, VVDStRL 5, 97

gerügt werden mit dem Ziel, sein Tätigwerden zumindest durch "moralischen" Druck zu erzwingen. [1] So wurde z.B. die Nichtzulassung von Stickoxydul als Verschäumungsmittel für Schlagsahne u.a. wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz als verfassungswidrig gerügt. [2] Selbst wenn man über die Auffassung des BVerfG hinausgeht und neben einem ausdrücklichen "Verfassungsauftrag" [3] auch die Ermächtigung des Zulassungsvorbehalts (§ 5 a LMG) als zwingenden Auftrag gegenüber dem VOGeber ansieht, dessen nur teilweise Erfüllung als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz anzusehen wäre, so kann die Ermächtigung des § 5 a LMG nicht als Verpflichtung des VOGebers angesehen werden, alle gesundheitlich unbedenklichen Fremdstoffe und Behandlungsverfahren zuzulassen. Da durch das Verbot mit Zulassungsvorbehalt eine bestimmte Tätigkeit schlechthin unterbunden werden soll, während beispielsweise durch das Verbot mit Genehmigungsvorbehalt nur eine Kontrolle erreicht werden soll, [4]

---

1) Wenn auch dem deutschen Verfassungsrecht aus dem Gedanken der Freiheit des Gesetzgebers heraus ursprünglich ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden des Gesetz- oder VOGebers fremd war (vgl. Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechts, S. 80; Stier-Somlo, Das preußische Verfassungsrecht, S. 101 ff), so hat das BVerfG nach anfänglicher Ablehnung eines derartigen Rechtes (BVerfGE 1, 97 (100, 101); 2, 287 (291)) langsam einen anderen - beschränkt positiven - Standpunkt dazu eingenommen (BVerfGE 6, 257 (264); 8, 1 (9, 19); 8, 28 (35); vgl. auch Lechner, NJW 1955, 1817 ff; Seiwerth, VerfBeschw., S. 10,35 ff).

2) Vgl. BVerfG, Beschluß gegen Verfassungsbeschwerde vom 5.11.62 - 1 BvR 243/62
Für Stickoxydul erübrigt sich jedoch eine Verfassungsbeschwerde mit dem Ziel, die Zulassung durch RVO nach § 5 a Abs. 1 Nr. 1 LMG zu erreichen, wenn man diesen Stoff als technischen Hilfsstoff ansieht (vgl. Kotter u. Mitarb., Dt. Lebensm.-Rdsch. 1966, 69; v.d.Linde, Dt. Lebensm.-Rdsch. 1966, 184).

3) BVerfGE 6, 257 (264)

4) s.S.103 ff

sind auch Parallelen zu dem Verbot mit Genehmigungsvorbehalt (unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbotes)[1] nicht gegeben.

Im übrigen dürfte im Rahmen der Zulassungen auf Grund der Ermächtigung des § 5 a LMG kaum ein Fall vorstellbar sein, wo eine Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG in Frage käme. Wenn nämlich tatsächlich Tatbestände im wesentlichen als gleich befunden würden (vgl. Trink- und Tafelwasser, Wasserdampf im Gegensatz zu Eis), so ließe sich wohl in der Regel bereits im Wege verfassungskonformer Auslegung [2] eine befriedigende Lösung erreichen.

---

1) Vgl. BVerfGE 8, 71 (73); 6, 32 (42)
2) s.S.103 ff

E. Zusammenfassung

Der Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Schädigungen und vor Täuschungen bzw. Übervorteilung im Lebensmittelverkehr sind verfassungsrechtlich garantierte Gemeinschaftsinteressen, deren Schutz lebensmittelrechtliche Vorschriften, die über die Vorschriften der allgemeinen Rechtsordnung hinausgehen, rechtfertigt.

Die im LMG zur Anwendung kommenden Regulativprinzipien unterscheiden sich nicht nur im rechtstechnischen Sinne, sie sind auch verfassungsrechtlich unterschiedlich zu beurteilen.

Die Grundrechtssphäre des Lebensmittelherstellers und -händlers wird durch Vorschriften nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt weniger stark berührt als durch Vorschriften nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt. Daher kann die Grundregelung des LMG nur nach dem Mißbrauchsprinzip mit Verbotsvorbehalt erfolgen.

Nur soweit der Schutz des Verbrauchers nach dieser Grundregel nicht hinreichend gewährleistet werden kann, sind Regelungen nach dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt gerechtfertigt.

Verbandsnormen können keine verfassungsrechtliche Sperrwirkung für den Gesetz- und Verordnungsgeber entwickeln.

Die im Rahmen des Verbots- und Erlaubnisvorbehalts erforderlichen Ermächtigungen entsprechen den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Sie sind nach Inhalt, Zweck und Ausmaß allein auf den Schutz des Verbrauchers begrenzt.

Die bei einer naturwissenschaftlich, technisch und wirtschaftlich komplizierten Materie wie dem Verkehr mit Lebensmitteln unvermeidbare Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist verfassungsrechtlich zulässig.

L e b e n s l a u f

Am 18. August 1938 wurde ich als Sohn des Oberstabsveterinärs Dr. Hans-Georg Schulze und seiner Ehefrau Luise, geb. Viehweger, in Berlin geboren.

Nach dem Besuch der Volksschulen in Breitenrode, Krs. Gardelegen, und Ehmen, Krs. Gifhorn, von 1944 - 1949 sowie des Gymnasiums in Wolfsburg, Reifeprüfung 1958, studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität München Tiermedizin sowie Rechts- und Wirtschaftswissenschaften (Stipendiat des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft).

1962: erste juristische Staatsprüfung, Beginn der Arbeiten an der vorliegenden Dissertation,
1963: tierärztliche Prüfung,
1964: Bestallung als Tierarzt,
1965: Promotion zum Dr. med. vet.,
1966: zweite juristische Staatsprüfung.

Seit 1962 bin ich bei Herrn Prof. Dr. L. Kotter wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Nahrungsmittelkunde der Tierärztlichen Fakultät der Universität München (zunächst als Volontärassistent, ab 1963 als wissenschaftliche Hilfskraft, ab 1964 als wissenschaftlicher Angestellter und ab 1966 als wissenschaftlicher Assistent).